

# **BARNES RETTSSTILLING I STRAFFELOVEN**

## **§ 195 3.LEDD-SAKER:**

**En analyse og vurdering av rettsutviklingen**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 505  
Leveringsfrist: 25.april 2012

Til sammen 17639 ord

25.04.2012

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskilder og metode	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>HVORFOR ET BARNEPERSPEKTIV?</u></b>	<b><u>4</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>FORARBEIDENE TIL NÅVÆRENDE STRAFFELOV AV 1902 § 195 3.LEDD</u></b>	<b><u>8</u></b>
3.1	Innledning	8
3.2	Forarbeidene til 1927-revisjonen	9
3.3	Forarbeidene av 1960	9
3.4	Forarbeidene av 1997-2000	10
3.5	Oppsummering av lovgiverviljen	11
3.6	Vurdering av forarbeidene ifht. oppgavens problemstilling	11
<b><u>4</u></b>	<b><u>RETTSTILSTANDEN ENDRES VED KJENNELSEN I RT.2005.833</u></b>	<b><u>13</u></b>
4.1	Innledning	13
4.2	Analyse av Høyesteretts kjennelse - flertallet	14
4.2.1	Sakens bakgrunn og spørsmålet for Høyesterett	14
4.2.2	Høyesteretts utgangspunkt: Lovhistorien og hensynene bak	14
4.2.3	Høyesteretts forhold til menneskerettene	15
4.2.4	Høyesteretts fortolkning av EMD's praksis	16
4.2.4.1	Innledning	16
4.2.4.2	De franske tollsakene – det sentrale utgangspunkt	17
4.2.4.3	De svenske skattesakene	19
4.2.4.4	De to avvisningsavgjørelsene	20
4.2.4.5	Oppsummering av Høyesteretts syn på EMD-praksisen	21

4.2.5	Høyesteretts syn på rekkevidden av og innholdet i uskyldspresumsjonen	21
4.2.6	Proporsjonalitetsavveiningen	22
<b>4.3</b>	<b>Analyse av Høyesteretts kjennelse – mindretallet</b>	<b>24</b>
<b>4.4</b>	<b>Vurdering av Rt.2005.833</b>	<b>25</b>
4.4.1	Vurdering av vekten	25
4.4.2	Vurdering av Høyesteretts fortolkning av EMD's praksis	25
4.4.3	Vurdering av Høyesteretts syn på rekkevidden av og innholdet i uskyldspresumsjonen	26
4.4.4	Vurdering av de barnerettslige kildene	27
4.4.5	Om utvikling av konvensjonen og om norske verdiprioriteringer	28
<b>5</b>	<b><u>RETTSTILSTANDEN ETTER 2005: PRAKSIS OG NY STRAFFELOV</u></b>	<b>30</b>
<b>5.1</b>	<b>Aktsomhetskravet i praksis etter 2005-kjennelsen</b>	<b>30</b>
5.1.1	Innledning	30
5.1.2	Rettspraksis 2005-2011	31
5.1.3	Hva innebærer en aktsomhetsvurdering?	35
5.1.4	Oppsummering og vurdering av rettspraksis 2005-2011	36
<b>5.2</b>	<b>Ny straffelov av 2005</b>	<b>37</b>
<b>6</b>	<b><u>EMD 2011: AVVISNINGSAVGJØRELSEN G. V. UK (37334/08)</u></b>	<b>38</b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>38</b>
<b>6.2</b>	<b>Analyse av G. v UK</b>	<b>39</b>
6.2.1	Faktum	39
6.2.2	Sakens behandling for intern domstol	39
6.2.3	Sakens behandling for ankedomstolen Court of Appeal	40
6.2.4	Sakens behandling i House of Lords	40
6.2.5	EMDs behandling av saken	42
6.2.5.1	Partenes anførsler vedrørende EMK art.6 nr.1 og 2	42
6.2.5.2	EMD's vurdering vedrørende krenkelse av EMK art.6 nr.1 og 2	43
6.2.5.3	Partenes anførsler vedrørende EMK art.8	45
6.2.5.4	EMD's vurdering vedrørende krenkelse av EMK art.8	46
<b>6.3</b>	<b>Vurdering av G. v UK</b>	<b>47</b>
<b>7</b>	<b><u>KOMPARATIVE STUDIER</u></b>	<b>48</b>

<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>48</b>
<b>7.2</b>	<b>Kort om metode</b>	<b>49</b>
<b>7.3</b>	<b>Funn</b>	<b>50</b>
<b>7.4</b>	<b>Oppsummering av de komparative studier</b>	<b>53</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>VEIEN VIDERE</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE. REGISTRE.</u></b>	<b><u>57</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne masteravhandlingen er barns rettsstilling i straffeloven § 195 3.ledd-saker. Rettsutviklingen søkes belyst, og siden barnets rettsstilling i stor grad påvirkes av tiltaltes rettsstilling, vil oppgaven omhandle begge. Bestemmelsen i straffeloven § 195 gjelder seksuell omgang med barn under 14 år. Tiltaltes villfarelse om barnets alder utelukker etter ordlyden ikke straffeskyld, jfr.3.ledd.

Høyesteretts plenumsavgjørelse i Rt. 2005.833 endret denne rettsstillingen, ved at bestemmelsen i 3.ledd ble ansett for å stride mot tiltaltes rett etter uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr.2. Høyesterett mente tiltalte måtte få føre bevis for sin uvitenhet om barnets alder. Høyesterett satte dermed til side lovgiverviljen, og uttalte at man måtte innfortolke en aktsomhetsregel i straffebudet: ”Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld, med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte”. En tilsvarende passus hadde man allerede i § 196 3.ledd, som gjelder seksuell omgang med barn mellom 14-16 år.

Ordlyden i § 195 3.ledd ble ikke endret av lovgiver umiddelbart, men tillegget måtte innfortolkes ved anvendelsen av regelen i rettssaker. Dermed åpnet man for at tiltaltes subjektive oppfatninger av barnets alder kunne tillegges vekt, men Høyesterett presiserte at aktsomhetsvurderingen skulle være streng.

Da ny straffelov (2005-straffeloven) ble skrevet, inntok lovgiver det nye tillegget, som en enstemmig Høyesterett hadde kommet til at EMK krevde. Lovgiver uttalte imidlertid i forarbeidene at den primært mente regelen om objektivt aldersvilkår gav best beskyttelse av barn.<sup>1</sup> Men utfra rettskildemessig rangordning må nasjonal lov vike dersom den er i strid med EMK, jfr. menneskerettsloven § 3. Den nye 2005-straffeloven

---

<sup>1</sup> Ot.prp.22 (2008-2009) s.259.

er vedtatt etappevis, i 2005 (alminnelig del), 2008 (en del kapitler i den spesielle del) og 2009 (resten av den spesiell del, herunder kap.19 om seksualforbrytelser), men loven er pr. april 2012 ennå ikke trådt i kraft.<sup>2</sup> Det er forventet at det kan ta ytterligere endel år før den nye 2005-straffeloven avløser nåværende 1902-straffelov.

Rettsutviklingen har imidlertid igjen gjort en ny vending, ved at en ny avgjørelse fra EMD høsten 2011, G.vs.UK,<sup>3</sup> ikke direkte er på linje med Høyesteretts kjennelse i 2005. EMD-avgjørelsen viser at det ikke er opplagt at Stortingets opprinnelige vilje om å beskytte barn gjennom objektive aldersvilkår ville vært i strid med EMK. Det diskuteres nå i strafferettsmiljøene hvordan EMD-avgjørelsen kan tenkes å få betydning for jussen de lege lata<sup>4</sup>.

Oppgaven vil belyse de ulike fasene av rettsutviklingen de lege lata, men vil og inneholde refleksjoner om hvordan retten *bør* være framover. Temaet favner over flere fagfelt, som menneskerettigheter, strafferett, barnerett og juridisk metode.

Hovedproblemstillingen som oppgaven reiser vil være:

Kan og bør barnets alder være et objektivt vilkår i straffebudet, eller må tiltaltes uvitenhet om alder kunne fritta for straff etter § 195?

---

<sup>2</sup> Dette skyldes i stor grad at det tar lang tid å oppgradere politiets datasystemer, jfr. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.396

<sup>3</sup> Avvisningsavgjørelsen G. vs. UK (37334/08) fra 30.august 2011 – sortert under EMD's "decisions"

<sup>4</sup> Jfr. diskusjon på Lovdata (i merknadsfeltet til strl.§ 195) mellom Jahre, Holmboe og Elden. Jahre og Holmboe har en artikkel inne til vurdering i Lov og Rett om konsekvensene av G. v. UK i norsk rett. G. v. UK er nevnt i boken til M.Andenæs og E.Bjørge "*Menneskerettene og oss*", Universitetsforlaget 2012.

## 1.2 Rettskilder og metode

Aktuelle rettskilder for oppgaven er straffeloven av 1902 § 195 1.ledd jfr.3.ledd med forarbeider,<sup>5</sup> straffeloven av 2005 §299 jfr. §307 med forarbeider,<sup>6</sup> Rt.2005.833-P og de kilder den viser til, lagmannsretts- og høyesterettsavgjørelser fra tidsrommet 2005-2011, EMD-avgjørelsen G. v. UK,<sup>7</sup> Barnekonvensjonen art.3 og 34 a, EMK art.8 og art.6 nr.1 og 2, i tillegg til juridisk litteratur. Litteraturen finnes dels i til nå upublisert manus,<sup>8</sup> ved Holmboe og Jahre, dels i diskusjonen i merknadsfeltet til strl.§ 195 i Lovdata<sup>9</sup> og dels i bøker, avhandlinger og artikler for øvrig.<sup>10</sup>

Det vises og til utredninger, herunder barne- og ungdomspsykiatriske redegjørelser for skadevirkninger som er forbundet med seksuelle overgrep mot barn.<sup>11</sup> Endel psykiatri-rapporter inngår og i domsmaterialet og gjelder barna i de konkrete sakene.

Både FN's Barnekonvensjon og EMK gjelder direkte som norsk lov. EMK ble inkorporert i 1999 og Barnekonvensjonen i 2003. Begge konvensjonene skal "ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning", jfr. menneskerettsloven av 1999 § 3.

---

<sup>5</sup> Innst.I juni 1925, Innst.Straffelovrådet 17.mars 1960, Ot.prp.nr.40 (1961-62), Innst.O.V. (1962-63), NOU 1997:23, Ot.prp.28 (1999-2000), Innst.O nr.92 (1999-2000).

<sup>6</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009), Innst.O nr.73 (2008-2009)

<sup>7</sup> Avsagt 30.august 2011 (37334/08), *decision of admissibility*

<sup>8</sup> Holmboe og Jahres artikkel er til vurdering i Lov og Rett.

<sup>9</sup> Mellom Jahre, Holmboe og Elden.

<sup>10</sup> Se især Birgit Hellesnes' avhandling: *"Forholdet mellom uskyldspresumsjonen etter EMK art.6(2) og straffebud helt eller delvis uten skyldkrav"*, UiT (2009). Se og Gemetchu Hika, *"Objektivert straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk rett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK art.6(2)"* (2007), samt Mads Andenæs og Eirik Bjørge: *Menneskerettene og oss*, Universitetsforlaget (2012).

<sup>11</sup> Se NOU 1991:13: Seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning. Se og "Domstolenes holdninger i voldtekts- og sedelighetssaker – En undersøkelse av 248 rettsavgjørelser fra 1995-2000" (2000) – et samarbeidsprosjekt mellom Barneombudet og Likestillingssenteret.

## 2 Hvorfor et barneperspektiv?

Sentralt for et barnerettsperspektiv er at barn skiller seg fra voksne – faktisk og juridisk. Enhver skade barn påføres, vil ha langt større konsekvenser enn hos en voksen, fordi barn er *under utvikling*. Barn er videre *avhengig av voksnes omsorg*, noe som krever at de er nødt til å stole på omgivelsene for å klare seg. Barnet er avhengig av å vise andre tillitt, og deres overlevelse og utvikling er i stor grad prisgitt at mennesker i deres omgivelser er denne tillitten verdig. Et barn som ikke har tillitt til voksne i sitt hjemmemiljø, vil ofte søke kontakt hos andre. Disse barna er kan hende i større grad avhengig av et effektivt lovgiververn, fordi de da er ekstra sårbare for seksuell utnytting.

Barnet er tilgodesett med en egen Barnekonvensjon.<sup>12</sup> Denne er vedtatt av hele verden, bortsett fra to land (Somalia og U.S.A).<sup>13</sup> Barn er og beskyttet gjennom menneskerettighetskonvensjon (EMK), som gjelder alle mennesker.<sup>14</sup> Men man så etterhvert at barn trengte en ekstra beskyttelse utover det en generell menneskerettskonvensjon kunne gi. Og dermed fikk vi den rettslig bindende Barnekonvensjonen – som etterfulgte to tidligere erklæringer om barns rettigheter.<sup>15</sup> Verden har demed gått et skritt videre fra erklæringene, ved at man ikke bare var klar over at barn trengte særlig beskyttelse, men og så nødvendigheten av å gi barn rettigheter. Både EMK og Barnekonvensjonen er viktige for barns rettsvern i forhold til vårt spørsmål, da de pålegger statene å beskytte barnet mot seksuelle krenkelser.

Etter EMK art.8 har statene en vid skjønnsmargin for å beskytte mot alle former for voldtekt.<sup>16</sup> Statene har og etter art.8 en *positiv forpliktelse* til å beskytte sårbare

---

<sup>12</sup> FN's konvensjon for barns rettigheter (barnekonvensjonen) – fra 1989.

<sup>13</sup> Lucy Smith *FN's konvensjon om barnets rettigheter I: "Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge,"* (2012), Høstmælingen, Kjørholdt, Sandberg (2012), s.18.

<sup>14</sup> Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) - 1950

<sup>15</sup> Lucy Smith *FN's konvensjon om barnets rettigheter I: "Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge,"* (2012), Høstmælingen, Kjørholdt, Sandberg (2012), s.17.

<sup>16</sup> Se EMDs uttalelser i G.v.UK (37334/08) avsnitt 38. Se M.C v.Bulgaria no.39272/98 § 154 og ECHR 2003-XII.



individer fra seksuelt misbruk.<sup>17</sup> Etter ny straffelov av 2005 vil all seksuell omgang med mindreårige under 14 år klassifisere som ”voldtekt”. Det skyldes at barnets eventuelle ”samtykke” ikke anses juridisk bindende. Barnekonvensjonen art.34 a pålegger statene å verne barn mot *all ulovlig seksuell aktivitet*. De aller fleste land har en seksuell lavalder, som indikerer når et individ har kompetanse til å avgi samtykke til seksuell omgang.<sup>18</sup> I Norge er denne 16 år. Bestemmelsen i Barnekonvensjonens art.1 om at personer under 18 år skal regnes om barn i konvensjonens forstand, skal ikke forstås slik at land som har en seksuell lavalder som er lavere enn 18 år bryter med konvensjonen.<sup>19</sup> Derimot er det slik at barnekomiteen har oppfordret stater som ikke har en slik lavalder, til å innføre det.<sup>20</sup>

Et sentralt begrep i Barnekonvensjonen er *barnets beste*, uttrykt i art.3 nr.1:

”In all actions concerning children, whether undertaken by their parents, guardians, social or state institutions, and in particular by courts of law and administrative authorities, the best interests of the child shall be the paramount consideration”.

Det fastslås dermed at hensynet til barnets beste skal være det *grunnleggende hensyn* ved alle handlinger som gjelder barn, domstolshandlinger er nevnt særskilt.<sup>21</sup> Prinsippet har verdi ved at det gjelder i *alle tilfeller* hvor barns interesser blir berørt, ikke bare på de områder som er direkte regulert i konvensjonen.<sup>22</sup> Et grunnleggende element ved prinsippet er ”*respekt for barnets fulle menneskeverd og integritet*”.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> X og Y v.Nederland sammenlign med K.A.og A.D.v.Belgia.

<sup>18</sup> Ragnhild Hennum s. 326 i ”*Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*” (2012) Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg.

<sup>19</sup> Ragnhild Hennum s.326.

<sup>20</sup> UNICEF (2007), s.7.

<sup>21</sup> Om barnets beste: Se Trude Haugli i ”*Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*,” (2012), Høstmælingen, Kjørholdt, Sandberg.

<sup>22</sup> Trude Haugli s.52 i ”*Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*” (2012) s.52. Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg.

<sup>23</sup> Se Trude Haugli i s.52.

Innholdet i barnets beste, er ikke gitt en gang for alle. Ved utforming av lover og regler bør det stilles krav til innhenting av aktuell forskning, studier, statistikk og kartlegging, slik at de valg som treffes, kan sies å være kunnskapsbaserte.<sup>24</sup> I tillegg kreves det i enkeltsaker at det enkelte barns situasjon og forutsetninger undersøkes. Prinsippet har altså en klar prosessuell side, men det materielle innholdet er fleksibelt.<sup>25</sup>

Både Stortinget og domstolene er forpliktet til å ta avgjørelser som er best i samsvar med barnets beste. For lovgiver dreier det seg som regel om å hensynta barn som gruppe, ved utforming av lover, men for domstolene er det det enkelte barn som skal stå i fokus.

Det at hensynet til barnet skal være et grunnleggende hensyn ("primary consideration"), innebærer ikke at det skal ha absolutt prioritet foran alle andre hensyn. Den som vil la andre hensyn gå foran, må imidlertid ha en viss bevisbyrde for å vise at det ikke finnes andre gjennomførbare og akseptable løsninger.<sup>26</sup> Staten er videre forpliktet etter artikkel 3 nr.2 til å identifisere barn som er ekstra sårbare, og sørge for å ivareta deres velferd.<sup>27</sup>

Når det gjelder vern av den seksuelle integritet, er det grunn til å anse at beskyttelsesbehovet har økt de senere årene. Teknologiens utvikling har endret samfunnet i stor grad, og det er ikke uvanlig at barn får sin egen pc når de begynner på skolen, eller har egen mobiltelefon innen de fyller 10 år. Nettopp utviklingen innen moderne kommunikasjon, har gjort barn enda mer sårbare for kontakt og seksuell utnytting av personer de treffer på internet.<sup>28</sup> I flere av dommene som er gjennomgått ble kontakten etablert på denne måten.

---

<sup>24</sup> Se Trude Haugli i *"Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge"* (2012) s.53. Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg. Haugli refererer til Barneombudsmannen (2001) s.58.

Se som eksempel bl.a. forskningen på side 6, med relevans for vår problemstilling

<sup>25</sup> Trude Haugli, *"Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge"* (2012) s.53.

<sup>26</sup> Trude Haugli s.55 refererer Alston (1994) s.13

<sup>27</sup> Se Trude Haugli i *"Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge"* (2012), Høstmælingen, Kjørholdt, Sandberg.

<sup>28</sup> Jfr. Rapporten "Nettrelaterte overgrep og rettspraksis" kan fås ved henvendelse til Redd Barna.

Ny skandinavisk forskning (2006) har dessuten vist at jenter når puberteten betydelig tidligere enn for bare 20 år siden. Det fremgår av forskningsrapporten ”Recent Decline in Age at Breast Development: The Copenhagen Puberty Study”, publisert i det anerkjente internasjonale tidsskriftet *Pediatrics*.<sup>29</sup> Med tanke på at utseendevurderinger forekommer hyppig ved bedømmelsen av tiltaltes aktsomhet, og dermed straffeskyld, er det nå kan hende en større risiko for at man ikke klandrer en tiltalt for å ha trodd barnet var eldre.

For å forstå barnets perspektiv i saker om seksuell omgang med mindreårige, er det videre viktig å ha kunnskap om mekanismene som kan oppstå etter et overgrep, samt om hvilke skadevirkninger som er assosiert med seksuelle overgrep mot barn og unge.<sup>30</sup> Et særtrekk er bl.a. at barn som har vært utsatt for overgrep én gang, er mer utsatt for nye overgrep også av andre.<sup>31</sup> Etter et overgrep kan det skje en endring i selvbildet slik at barnet ikke lenger anses seg selv verdt å beskytte – man er ”damaged goods”.<sup>32</sup>

Likedan kan det overgrepsutsatte barnet utvikle seksualisert atferd, fordi det har opplevd at seksuell omgang med voksne ”belønnes” på ulike måter.<sup>33</sup> Noen barn blir og så forvirret av sammenblandingen omsorg og voksenseksualitet at de etterhvert oppfatter det seksuelle som en ”pris” som må betales for å få omsorg.<sup>34</sup> Den mentale endringen som kan skje i selvbildet kan medføre store psykiske problemer. Selvskading

---

<sup>29</sup> <http://pediatrics.aappublications.org/content/123/5/e932.full.html> Forskere: Lise Aksglæde, Kaspar Sørensen, Jørgen H. Petersen, Niels E. Skakkebæk og Andres Juul ved det danske Rigshospitalet (2006).

<sup>30</sup> Se NOU 1991:13 s.92. Anne Poulsson: Oppsummering av virkningene

<sup>31</sup> NOU 1991:13 s.95-96. Psykolog Toril Ursin Boe. Dette forekom hyppig i sakene fra den gjennomgatte lagmannsrettspraksis, se fotnote 7.

<sup>32</sup> Se NOU 1991:13 Psykolog Anne Poulsson s.96

<sup>33</sup> NOU 1991:13 s.89. Se videre hvordan dette kan brukes *mot* barnet: LB-2010-1208: Lagmannsrettens flertall ville ikke pålegge tiltalte å betale oppreisningserstatning, selv om lovens krav om grov uaktsomhet var oppfylt. Begrunnelsen var at fornærmede skal ha utvist ”utstrakt seksualisert atferd” i andre sammenhenger, og at retten ikke så bort fra at slik atferd også hadde vært *benyttet* (min utheving) her. Motsatt i f.eks. LF-2000-861: Fornærmedes hemningsløse pågåenhet burde ledet tiltaltes tanke hen mot fremmelige umodne mindreårige i utprøvingssituasjon.

<sup>34</sup> NOU 1991:13 s.94: Psykolog Anne Poulssen under punkt (8) ”*Frivillighet*”. Et begrep som for øvrig ikke eksisterer i den seriøse litteraturen om seksuelle overgrep mot barn (samme henvisning).

er hyppig rapportert i kjølvannet av seksuelle overgrep, og i verste fall kan konsekvensen bli døden ved at selvmord velges som en utvei.<sup>35</sup>

Traumene som ofte oppstår i etterkant av overgrep går ut over søvn, konsentrasjon og læring, som igjen kan svekke grunnlaget for skolegang og utdanning. På den måten kan ett enkelt overgrep mot en 13 åring medføre negativ utvikling på en lang rekke områder.<sup>36</sup> Det vil variere fra person til person, hvordan, og i hvor stor grad skadevirkninger gjør seg gjeldende, men skaderisikoen er betydelig, noe som vel bør ha betydning for straffverdigheten av overgrep mot mindreårige.

Barna i nesten samtlige av de gjennomgåtte lagmannsrettssakene i denne avhandlingen, hadde skader i form av behandlingstrengende psykiske plager.

### **3 Forarbeidene til nåværende straffelov av 1902 § 195 3.ledd**

#### **3.1 Innledning**

For å forstå hvorfor strl.§ 195 3.ledd har fått den utformingen den har, er det nødvendig å gå til forarbeidene for å kartlegge lovgiverviljen bak regelen. Det er her vi finner begrunnelsen for å holde barnets alder som et helt ut objektivt fakta i straffebudet (3.ledd), og kun knytte de subjektive skyldvurderingene til tiltaltes intensjon om å ha seksuell omgang med vedkommende (strl.§ 195 1.ledd). Det er relevant å finne ut hvor klar lovgiverviljen er, hvordan den er begrunnet og hvor konsistent den har vært over tid. Vi skal også se på eventuelle innvendinger og mothensyn som er blitt fremmet underveis, hvem som har fremmet disse og de begrunnelser som er anført.

---

<sup>35</sup> NOU 1991:13 s.88-89 Overlege Helge Michalsen

<sup>36</sup> Se NOU 1991:13 s.92. Psykolog Anne Poulssen. De psykologiske skadevirkningene beskrives og godt i LH-2005-58165. Fornærmede fikk 600.000 kr i erstatning, bl.a. for tap i fremtidig erverv, for de omfattende psykiske skadene hun var påført ved at hennes grenser ikke ble respektert av den 19 årige tiltalte.

De relevante forarbeider som omhandler strl.§ 195 3.ledd er for det første Innst.I fra juni 1925. Videre er Innst. fra Straffelovrådet avgitt 17.mars 1960 aktuell, samt Ot.prp.nr.40 (1961-62) og Innst.O.V. (1962-63). Endelig ble spørsmål rundt alder som objektivt element i sedelighetssaker på nytt tatt opp før årtusenskiftet, i NOU 1997:23, Ot.prp.28 (1999-2000) og Innst.O nr.92 (1999-2000). Spørsmålet har dermed vært vurdert tre ganger, i 1925, 1960 og rundt år 2000. Disse tre ulike tidspunktene gir et godt grunnlag for å si noe om lovgiverviljen bak regelen, og vil i det følgende bli drøftet i kronologisk rekkefølge.

### 3.2 Forarbeidene til 1927-revisjonen

Vår straffelov ble revidert i 1927, etter å ha vært praktisert i 25 år. Man hadde da opparbeidet seg noen erfaringer med den ”nye” loven, og samfunnet hadde også utviklet seg. Før 1927-revisjonen, hadde man ikke noen bestemmelse av typen ”uvitenhet om alder fritar ikke for straff”. Barnets alder var et element i bestemmelsen som fulgte lovens hovedregel om forsett, slik at tiltalte måtte ha utvist forsett både mht. den seksuelle omgang og mht. barnets alder. Dette ble endret i 1927, slik at både § 195 (seksuell omgang med barn under 14 år) og § 196 (seksuell omgang med barn mellom 14-16 år) fikk inntatt en villfarelsesregel som sa at ”villfarelse om alder fritar ikke for straffskyld”. Stortingets straffelovkomité anså det ikke for å innebære noen urett mot tiltalte om han fikk det fulle straffansvar på tross av eventuelle feilslåtte beregninger rundt barnets alder (se Innstilling I av juni 1925 fra Straffelovkomiteen side 33).

### 3.3 Forarbeidene av 1960

I 1960 var det aktuelt å revidere noen av bestemmelsene om sedelighetsforbrytelser. Utvalget som skulle forberede lovendringene for departementet, Straffelovrådet, hadde synspunkter om at tiltalte i noen tilfeller kunne være aktsomt uvitende om barnets alder. Utvalget ønsket et tillegg til bestemmelsen ”uvitenhet om alder fritar ikke for straff” som lød ”med mindre ingen uaktsomhet kan legges gjerningsmannen til last i denne henseende”. Deres oppfatning var at det ville være urimelig i praksis dersom tiltalte

ikke kunne få godtgjøre at han hadde vært aktsom uvitende om barnets alder. Det ble pekt på at bestemmelsen slik den lød uten tillegget ikke var i tråd med alminnelige strafferettslige prinsipper om subjektiv skyld og de syntes regelen var for kategorisk utformet.

Forslaget fra Straffelovrådet ble sendt ut på høring, hvor det møtte mye motstand. Flere begrunnelser ble anført. Det primære var hensynet til vern av barna. Man mente at forslaget ville innebære en svekkelse av barnets rettsstilling. Videre mente man det kunne være vanskelig å føre bevis for at gjerningspersonen var kjent med barnets alder, og at dermed straffebudets effektivitet kunne bli svekket. Det ble også inngitt betenkeligheter av prosessuell art. For det første at foreldre kan kvie seg for å anmelde forholdet hvis barna må fremstilles i retten for vurdering av modenhet og utseende, for det andre bekymring for at eksaminasjon i retten kan få skadelige følger for barnet og for det tredje ble det pekt på risikoen for at påtalemyndigheten kan la være å forfølge saker p.g.a. bevisvansker.

Justisdepartementet var enig med Straffelovrådet og ønsket å innta tillegget som gav tiltalte en åpning for å anses aktsomt uvitende om alder.<sup>37</sup> Justiskomiteen i Stortinget derimot, var enig med synspunktene fra høringen, og ville beholde § 195 uten noen aktsomhetsreservasjon. Flertallet ville og beholde villfarelsesregelen i § 196 uendret (Innst.O.V. 1962-63 s.2).

Resultatet av 1960-gjennomgangen ble at Stortinget holdt fast på alder som objektivt element i § 195 for barn under 14 år, men inntok aktsomhetsreservasjonen i § 196 når det gjaldt seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år.

### 3.4 Forarbeidene av 1997-2000

Før årtusenskiftet gjorde lovgiver på ny en vurdering av om man skulle endre også § 195 3.ledd, eller fortsatt la denne bli stående (se NOU 1997:23 s.64). Nok en gang mente det forberedende utvalget (Seksuallovbruddsutvalget) at alder ikke burde utgjøre

---

<sup>37</sup> Ot.prp.nr. 40 1961-62 s.12

et objektivt straffbarhetsvilkår på grunn av vår strafferettslig tradisjon, som utvalget mente krevde subjektiv skyld i forhold til alle elementer som utgjør et vilkår for straff.

Men denne gangen gikk departementet inn for å beholde bestemmelsen uendret.<sup>38</sup> Det ble bemerket at faren for å dømme noen uten subjektiv skyld med hensyn til fornærmedes alder var liten.

Da lovforslaget ble behandlet av Justiskomiteén i Stortinget (Innst.O nr.92 1999-2000 s.18) var komiteén nok en gang klare på at regelen i § 195 skulle stå uendret. Begrunnelsen var viktigheten av å ikke svekke barnets rettsstilling. Dette ble og det endelige resultatet i Stortinget.

### 3.5 Oppsummering av lovgiverviljen

Lovgiverviljen til å beholde § 195 3.ledd med det objektive aldersvilkåret, har vært klart og konsistent uttrykt av Stortinget fra 1925 og frem til i dag. Begrunnelsen har vært viktigheten av å beskytte barnets rettsstilling. Innvendingene har kommet fra lovforberedende utvalg, og dreiet seg om at § 195 bryter med strafferettslige tradisjoner. Rettferdsbetraktninger i forhold til tiltalte er også blitt fremholdt, og at regelen fremstod for kategorisk. Juristene i Justisdepartementet gikk fra å anse prinsippet om subjektiv skyld for viktigst (1960) til å anse beskyttelsen av barnet for viktigst (2000).

### 3.6 Vurdering av forarbeidene ifht. oppgavens problemstilling

I og med at innvendingene mot § 195 3.ledds objektive aldersvilkår ble påpekt av de lovforberedende utvalg, har de etterfølgende ledd i lovbehandlingen hele tiden vært fullt klar over hva innvendingene har gått ut på. Resultatet har likevel alltid blitt at strl.§ 195 skulle stå uendret for å beskytte barna. Det ligger derfor ikke uvitenhet om innvendingene bak den endelige regelen. Regelen kan ses som et svært bevisst valg og

---

<sup>38</sup> Ot.prp.28 1999-2000 s.53

klart ønske fra flere generasjoners Storting bestående av kvinner og menn i alle aldre og fra ulike politiske partier, gjennom lange og skiftende tider.

I gjennomgangen av forarbeidene ser vi konturene av et skille mellom høringsinstanser, som antas å jobbe bredt og helhetlig med barn og unge og som består av mange ulike profesjoner ut over den juridiske, samt et bredt sammensatt Storting på den ene siden. På den annen side Straffelovrådet, Seksuallovbruddsutvalget og departementet, hvor den jusfaglig bakgrunn er dominerende.

Innvendingene fra utvalgene var at regelen utgjorde et brudd med vår strafferettslige tradisjon om subjektiv skyld i alle ledd av straffebudet og at den fremstod noe kategorisk utformet. Det kan med andre ord se ut som en stor del av jusmiljøet så det som viktig å påpeke at regelen burde endres fordi den avvek fra tradisjonen om subjektiv skyld. Spørsmålet er om dette er et hensyn som følger av høye rettskilder eller utgjør en god nok begrunnelse til å fjerne en sterkt ønsket beskyttelse av barna.<sup>39</sup>

Uttalelsen departementet kom med i Ot.pr.28 1999-2000 s.53 om at faren for å dømme noen uten subjektiv skyld med hensyn til fornærmedes alder var liten,<sup>40</sup> ble av Høyesteretts mindretall i 2005-kjennelsen senere ansett for å være en skyldpresumsjon.<sup>41</sup> Vi må likevel huske på at det i forberedelsen av en lov faller endel uttalelser som ikke nødvendigvis er rettet mot den fremtidige lovtolker.<sup>42</sup> I dette tilfellet kan uttalelsen kanskje ses som en ”beroligelse” ifht. Seksuallovbruddsutvalget, som stresset betydningen av subjektiv skyld. Den endelige beslutning og begrunnelse i Stortinget var derimot at man ikke ønsket å svekke barnets rettsstilling.<sup>43</sup>

Det minnes og om at det på områder av teknisk art o.l. er grunn til å legge mest vekt på departementets uttalelser, mens det på områder av stor samfunnsmessig betydning skal legges mest vekt på Stortingets oppfatninger når man henviser til hva som er ”lovgivers

---

<sup>39</sup> Se kapittel 4 hvor Høyesterett i Rt.2005.833 synes å knytte skyldprinsippet til EMK art.6

<sup>40</sup> Se Rt.2005.833 avsnitt 37

<sup>41</sup> Se Rt.2005.833 avsnitt 114

<sup>42</sup> Se Eckhoffs ”Rettskildelære” 2001 s, 74-77, især nederst s.75.

<sup>43</sup> Avsnitt 37



vilje”.<sup>44</sup> I disse tilfellene er det vel ingen tvil om at det er snakk om saker av stor samfunnsmessig betydning, mer enn av teknisk art – og jeg anser det således noe ”forstrekt” å si at uttalelsen fra departementet med sikkerhet kan anses å utgjøre en skyldpresumsjon, slik dommer Mitsen senere, i 2005-kjennelsens mindretall, mener.<sup>45</sup>

Konklusjonen etter gjennomgangen av disse forarbeidene er at barnets alder etter lovgivers vilje (før 2005-kjennelsen) skal og bør være et helt ut objektivt element i § 195-straffebudet.<sup>46</sup>

## **4 Rettstilstanden endres ved kjennelsen i Rt.2005.833**

### **4.1 Innledning**

Rettstilstanden snur i 2005 ved Høyesteretts plenumskjennelse inntatt i Rt.2005.833. Her anser Høyesterett det objektive straffbarhetsvilkåret for å stride mot tiltaltes menneskerettigheter etter en nærmere proporsjonalitetsavveining av lovgivers behov for å beskytte barn og tiltaltes behov for å forsvare seg. Kjennelsen var enstemmig med hensyn til resultatet, men det forelå dissens med hensyn til begrunnelsen.

Dette kapittel inneholder en analyse og vurdering av hvordan Høyesterett kommer frem til *at* en proporsjonalitetsavveining må foretas, samt Høyesteretts konkrete proporsjonalitetsavveining i denne saken. En sentral kilde som fortolkes er EMD-praksis, bestående av fire dommer og to avvisningsavgjørelser. Videre viser Høyesterett til EMK’s ordlyd, såvel som formålsbetraktninger, litteratur og strafferettslige prinsipper. EMK art.8 og Barnekonvensjonen artikkel 34 er også kort nevnt.

---

<sup>44</sup> Eckhoffs ”Rettskildelære” 2001 nederst s.74 og øverst s.75. Se samme kapittel: ”Lovgiver” består og av flere enn bare én.

<sup>45</sup> Rt.2005.833

<sup>46</sup> Se kapittel 5.2 om lovgivers oppfatning også etter 2005, men at lovgiver endret regelen p.g.a. Høyesteretts tolkning av EMK.

## 4.2 Analyse av Høyesteretts kjennelse - flertallet

### 4.2.1 Sakens bakgrunn og spørsmålet for Høyesterett

Bakgrunnen for saken i Høyesterett var at en 20 år gammel mann i tingretten var dømt til 2 års fengsel for seksuell omgang med et barn under 14 år. Mannen hadde forklart at barnet i forkant av samleiet hadde opplyst sin alder til å være 16 år, men dagen etter samleiet fant sted korrigert alderen til å være under 14 år. Aldersforskjellen mellom mannen og barnet var for stor til å kunne anse dem som ”jevnbyrdige i alder og utvikling”, og bestemmelsen om fritak for straffskyld etter 4.ledd var derfor ikke aktuell.

Påtalemyndigheten påanket saken til lagmannsretten til skjerpelse av straffen, da den var gjort helt ut betinget. Få dager etter tingrettens dom uttalte Høyesterett i en annen sak gjengitt i Rt.2004.1275 at strl.§ 195 3.ledd reiste problemer i forhold til uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2. Det var særlig dersom tiltalte ble nektet å føre bevis for at han i enhver henseende var i aktsom god tro med hensyn til fornærmedes alder at det oppstod problemer i forhold til konvensjonen, eller hvis det ble funnet bevist at han var i aktsom god tro med hensyn til fornærmedes alder, men likevel dømt.

På denne bakgrunn opphevet lagmannsretten utenfor anken tingrettens dom mot A, da det ble ansett som en saksbehandlingsfeil at tingretten ikke hadde vurdert om tiltalte var i god tro med hensyn til barnets alder. Påtalemyndigheten påanket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett, grunnet lovanvendelsen.

Spørsmålet i kjennelsen var om tiltalte A's rettigheter etter uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2 var krenket ved tingrettens dom, der han ikke hadde fått ført bevis for det han mente var aktsom uvitenhet om alder.

### 4.2.2 Høyesteretts utgangspunkt: Lovhistorien og hensynene bak

Høyesterett foretar i kjennelsen en generell gjennomgang av de spørsmål bestemmelsen i strl.§ 195 3.ledd reiser i forhold til uskyldspresumsjonen i EMK. Førstvoterende

starter med å bekrefte at det bak regelen ligger en klar lovgivervilje, fastholdt fra 1927 ut fra hensynet til beskyttelse av barnet – prosessuelt og materielt. Hun poengterer likevel at det fra jusfaglig hold har kommet motforestillinger mot bestemmelsen, at det har vært sterkt delte meninger om den og at forholdet mellom strl.§ 195 3.ledd og uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2 ikke har vært vurdert i forbindelse med lovrevisjonene og heller ikke i forbindelse med ny straffelov.

#### 4.2.3 Høyesteretts forhold til menneskerettene

Førstvoterende poengterer videre at dersom man skulle finne at det objektive aldersvilkåret i strl. § 195 3.ledd strider mot tiltaltes menneskerettigheter i EMK, må den nasjonale loven vike for konvensjonen. Dette utledes av menneskerettsloven § 3, som bestemmer at konvensjonen ”ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Etter vår konstitusjonelle ordning skal det mye til for en domstol å sette til side en klar og sterk lovgivervilje, men denne bestemmelsen gir positiv hjemmel for å kunne gjøre det. Dette er demokratisk forankret ved at også denne bestemmelsen er utslag av en klar og sterk lovgivervilje.

Det store spørsmål for Høyesterett i denne kjennelsen og for mange jurister i Norge og endel andre europeiske land<sup>47</sup> er rekkevidden av tiltaltes rettigheter etter den såkalte uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2: Er dette en ren prosessuell bestemmelse, hvor tiltalte anses uskyldig inntil det er bevist at straffbarhetsvilkårene er oppfylt, f.eks. at tiltalte har hatt seksuell omgang med en mindreårig? Eller beskytter bestemmelsen også tiltalte mot *selve det materielle innholdet* i et straffebed, f.eks. alder som et helt ut objektivt straffbarhetsvilkår han ikke kan forsvare seg mot?

EMK art.6 nr.2 lyder: ”Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld etter loven er bevist”. Høyesterett redegjør for at bestemmelsen setter visse grenser for hvilke utsagn om straffskyld offentlige myndigheter og andre aktører kan tillate seg i forhold til en tiltalt som ennå ikke er dømt. Bestemmelsen uttrykker også en bevisregel, og det er bevisdelen av regelen som tas opp i kjennelsen.

---

<sup>47</sup>Bl.a. Sverige, i de svenske skattesakene, Irland i CC v Ireland 2005, diskusjoner i teorien i hele Europa

Derimot er det den andre siden av regelen vi har mest praksis om – så derfor er det en mer krevende oppgave for Høyesterett å tolke bevisdelen av regelen.

Førstvoterende antyder at hun anser regelen i EMK art.6 nr.2 for å ha et noe videre anvendelsesområde enn det rent prosessuelle.

Når det gjelder Høyesteretts kompetanse i forhold til å tolke EMK viser førstvoterende til plenumsdommene i Rt. 2000.996, Rt.2002.557 og Rt.2003.359. Det følger av disse at norske domstoler ved anvendelse av reglene i EMK skal foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen, og bl.a. benytte samme tolkningsmetode som EMD: Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMD's avgjørelser.

Førstvoterende påpeker likvel at det er EMD som først og fremst skal *utvikle* konvensjonen. Førstvoterende føyer så til at dersom det er tvil om forståelsen, følger det av rettspraksis at norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier må kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og norsk rettsoppfatning.

Førstvoterende gjør det klart at det i vår sak forelå en klar og sterk norsk lovgivervilje, som etter ordlyden ikke gir rom for tolkningstvil eller innskrenkende fortolkning. Hun presiserer at domstolene ikke skal sette til side annen norsk lovgivning i større grad enn det som følger av EMK etter den tolkningsmetode som følger av den nevnte rettspraksis. Videre må det ved tvil om betydningen av EMD's avgjørelser ha vekt om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett.<sup>48</sup>

#### 4.2.4 Høyesteretts fortolkning av EMD's praksis

##### 4.2.4.1 Innledning

Det grunnleggende juridiske spørsmål i saken er om uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2 stiller krav til innholdet i materielle straffebestemmelser, og i tilfelle hvilke krav.

---

<sup>48</sup> Se vurderingsdelen av kjennelsen hvor nettopp det at EMD-praksisen Høyesterett sluttet fra gjaldt helt andre rettsområder enn spørsmålet som forelå til behandling i saken tas opp.

Førstvoterende tar for seg avgjørelser som kan belyse dette, hvorav fire er dommer og to er avvisningsavgjørelser. Flertallet oppsummerer sin tolkning av EMD-praksisen slik:

”Objektive straffbarhetsvilkår med hensyn til faktum er ikke i seg selv i strid med konvensjonen. Men bruken av slike vilkår må holdes innenfor visse grenser i tråd med de kriterier som er trukket opp for presumsjoner i Salabiaku-dommen (EMD-1983-10519), og senere videreført i de svenske sakene om tilleggsskatt og i de avvisningsavgjørelsene som jeg har gjennomgått. Dette innebærer at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering. Objektive straffbarhetsvilkår aksepteres bare innenfor rimelige grenser tatt i betraktning hva som står på spill. Siktetes rett til å forsvare seg er blant elementene i den samlede vurdering som må foretas. Denne proporsjonalitetsvurdering, som jeg mener følger av EMK art.6 nr.2 må også norske domstoler foreta.”

Tolkningen av EMD-praksisen er avgjørende for *om* en proporsjonalitetsavveining må foretas, og dermed om tiltaltes rettigheter begrenser lovgiver på en slik måte at barns alder som objektivt straffevilkår ikke lenger kan tillates. Siden mindretallet<sup>49</sup>, forfattere i etterkant<sup>50</sup> og EMD i G. v UK (2011)<sup>51</sup> tolker praksisen helt motsatt av hva Høyesteretts flertall gjør, finner jeg det nødvendig å resummere hovedtrekkene i den omstridte EMD-praksisen.<sup>52</sup>

#### 4.2.4.2 De franske tollsakene – det sentrale utgangspunkt

Den sentrale dom fra EMD som ligger til grunn for de motstridende synspunktene er Salabiaku mot Frankrike.<sup>53</sup> Salabiaku ble dømt for smugling etter fransk tollov til å betale 100.000 francs. Etter denne lovgivning var det adgang til å straffdømme for smugling personer som ved tollkontroll var i besittelse av ulovlig gods, uten at

---

<sup>49</sup> Avsnitt 90-111

<sup>50</sup> Birgit Hellesnes (2009): *”Forholdet mellom uskyldspresumsjonen etter EMK art.6(2) og straffebud helt eller delvis uten skyldkrav.*

<sup>51</sup> G.v UK 37334/08, *decision of admissibility*

<sup>52</sup> Se mindretallets votum avsnitt , se Hellesnes avhandling s.32, se G. v.UK avsnitt 27-30.

<sup>53</sup> 7.okt.1988

påtalemyndigheten trengte å bevise at besitteren hadde innført varene, og uten hensyn til vedkommendes subjektive forhold.

I rettspraksis var det likevel lagt til grunn at siktede kunne fri seg ved å bevise at forholdet var helt uunngåelig, såkalt "force majeure". Salabiaku var med det formelt sett dømt "according to law", men han anførte for EMD at han i realiteten var dømt etter en i praksis ugjendrivelig presumsjon, og at dette stred mot EMK art.6 nr.2.

EMD bemerket til dette i avsnitt 27:

"As the Government and the Commission pointed out, in principle the Contracting States remain free to apply the criminal law to an act where it is not carried out in the normal exercise of the rights protected under the Convention and, accordingly, to define the constituent elements of the resulting offence. In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalize a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence. Examples of such offences may be found in the laws of the Contracting States. "

Men Salabiaku, som ble tatt for besittelse, ble ikke dømt etter besittelsesparagrafen, men etter paragrafer som sa ham skyldig i smugling av narkotika – dette var bestemmelser hvor besittelse ikke var et sentralt straffbarhetsvilkår, og det impliserte skyld hos Salabiaku. Det forlån dermed en skyldpresumsjon og ikke et rent objektivt straffbarhetsvilkår, sa EMD.

EMD kom derfor til i avsnitt 28:

"This shift from the idea of accountability in criminal law to the notion of guilt shows the very relative nature of such a distinction. It raises a question with regard to Article 6 para. 2 of the Convention.

Siden man i realiteten da var gått fra en objektiv regel, som ikke impliserer skyld, til en presumsjonsregel, som impliserer skyld, reises det spørsmål om regelen kan bryte med art.6 nr.2. EMD redegjør så for presumsjoner, og at slike fakta- eller juspresumsjoner finnes i alle rettssystemer. Konvensjonen forbyr i prinsippet ikke slike presumsjoner, men på grunn av art.6 nr.2 og dens gjenstand og formål må statene holde

presumsjonsregler innenfor rimelige grenser, som tar hensyn til viktigheten av hva som står på spill og tiltaltes rett til å forsvare seg.

De øvrige tre dommene fra EMD er en ytterligere tollsak fra Frankrike, samt to skattesaker fra Sverige. I den andre franske tollsaken, Pham Hoang mot Frankrike, viste man til Salabiaku hvor både objektive straffbarhetsvilkår (avsnitt 27) og skyldpresumsjoner (avsnitt 28) omtales. Her presiseres det at spørsmålet er om kriteriene i avsnitt 28 kun relaterer seg til skyldpresumsjoner eller også til objektive straffbarhetsvilkår. Dersom kriteriene for presumsjoner foreligger, må det foretas en proporsjonalitetsvurdering. Tiltaltes forsvarsmuligheter skal i så fall være tilgodesett i avveiningen.

#### 4.2.4.3 De svenske skattesakene

De svenske skattesakene er de to andre dommene Høyesterett vurderer. Saken Janosevic mot Sverige gjaldt en person som ved administrativ behandling var ilagt tilleggsskatt, som er å anse som straff etter EMK art.6, på grunnlag av regler som ikke krever forsett eller uaktsomhet. Den svenske Regeringsrätten hadde i en sak tidligere uttalt seg prinsipielt om forholdet til Salabiaku-dommen, der man antar at et strikt strafferettslig ansvar i hovedsak må følge de samme krav som Salabiaku oppstiller for å godta ansvar grunnet på presumsjoner. Det innebærer at ansvaret ikke kan pålegges helt automatisk når de objektive vilkår er oppfylt uten at den enkelte har mulighet til noen form for forsvar som går på subjektive forhold.

EMD uttalte at de svenske skattereglene er etablert på et objektivt grunnlag, uten noen krav om forsett eller uaktsomhet fra skattyters side. EMD bemerket at Salabiaku i avsnitt 27 sier at kontraktsstatene i prinsippet og ”under certain conditions” kan straffbelegge et enkelt eller objektivt faktum som sådan, uavhengig av om det er resultat av et kriminelt forsett eller uaktsomhet.

Men EMD fremholdt videre at de svenske reglene ikke automatisk ble ilagt ved uriktige opplysninger, visse typer feil var unntatt og tillegget kunne bli ettergitt hvor forholdet var unnskyldelig p.g.a. alder, sykdom osv., eller hvor det ville virke klart urimelig.

Skattereglene ble dermed ikke *praktisert* objektivt, og EMD kom til at ”The Swedish tax system thus operates with a presumption, which it is up to the taxpayer to rebut”. Dermed henviste EMD til avsnitt 28 i Salabiaku hvor det må foretas en proporsjonalitetsavveining, se dommens avsnitt 101:

”Thus in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.”

#### 4.2.4.4 De to avvisningsavgjørelsene

De to siste avgjørelsene Høyesterett tar opp, er avvisningsavgjørelser. Det er Hardy Hansen mot Danmark samt Joost Falk mot Nederland. Begge gjaldt bøter ilagt på objektivt grunnlag. I Hardy Hansen siterte EMD de innledende bemerkninger fra Salabiaku avsnitt 27 om at statene ”under certain conditions” kan straffesanksjonere objektive fakta som sådanne uavhengig av forsett eller uaktsomhet, men bemerker i tilknytning til det at:

”However, in such circumstances the Contracting States must remain within reasonable limits which take into account what is at stake and maintain the rights of the defendant”.<sup>54</sup> Her knyttes m.a.o. proporsjonalitetsvurderingen direkte til objektive straffbarhetsvilkår, ikke bare til skyldpresumsjoner.

Den nederlandske avvisningsavgjørelsen lignet litt på de svenske skattesakene: Loven var objektivt utformet i sin ordlyd, men ble praktisert med noen forsvarsmuligheter. Således anså EMD regelen for å være en presumsjonsregel, og dermed måtte en proporsjonalitetsavveining foretas.

---

<sup>54</sup> Se § 28 i Salabiaku v. France



#### 4.2.4.5 Oppsummering av Høyesteretts syn på EMD-praksisen

Høyesterett oppfatter at disse seks avgjørelsene fra EMK bygger på kriterier for anvendelse av presumsjoner.<sup>55</sup> Flertallet leser ikke avgjørelsene slik at EMD skiller mellom objektive straffbarhetsvilkår og objektive straffebestemmelser på den ene siden og presumsjoner på den andre siden i forhold til EMK art.6 nr.2. Førstvoterende viser til at statenes illeggelse av straff på grunnlag av et faktisk forhold uten hensyn til utvist skyld bare kan skje ”under certain conditions”. Det erkjennes at EMD ikke har drøftet videre hva som legges i ”certain conditions”, men førstvoterende finner det nærliggende at det har sammenheng med at straffene, bøtene og tilleggsskattene ikke ble ilagt automatisk som en følge av overtredelsen. Det konkluderes med at også objektive straffbarhetsvilkår, og ikke bare presumsjoner er gjenstand for en proporsjonalitetsvurdering.

#### 4.2.5 Høyesteretts syn på rekkevidden av og innholdet i uskyldspresumsjonen

Høyesterett anser ordlyden i EMK art.6 nr.2 for å primært uttrykke en prosessuell regel: Påtalemyndigheten må føre bevis for skyld og motbevise den uskyldspresumsjon som en siktet i en straffesak skal være sikret. Høyesterett anser intet i ordlyden for å peke direkte imot et objektivt straffansvar eller objektive straffbarhetsvilkår. Men EMK art.6 nr.2 er etter EMD-praksis å anse som et av elementene i det grunnleggende krav til ”fair trial” i art.6 nr.1, og Høyesterett anser derfor at formålsbetraktninger står sentralt ved tolkningen – slik at det ikke er grunnlag for noen streng ordfortolkning.<sup>56</sup>

Utfra en formålsbetraktning anser Høyesterett det for å være glidende overganger mellom objektive straffbarhetsvilkår og skyldpresumsjoner, og kan ikke se at tiltalte

---

<sup>55</sup> Se avsnitt 69 i Rt. 2005.833

<sup>56</sup> Rt.2005.833 avsnitt 68

skal ha noe dårligere vern ved objektive straffevilkår enn ved presumsjoner det kan være svært vanskelig å gjendrive.<sup>57</sup>

Litteraturen rundt spørsmålet om uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2 gir beskyttelse mot objektive straffbarhetsbetingelser har vært delt. Høyesterett viser til en norsk avhandling ved Asbjørn Strandbakken (2003) som gir uttrykk for at det var nærliggende å forstå Salabiaku-dommen slik at kriteriene for presumsjoner også gjelder ved objektive straffbarhetsvilkår. Likeså behandles objektive straffbarhetsvilkår og presumsjoner sammen av Lorenzen, Rehof, Trier m.fl. Høyesterett fremhever og at Andenæs i sin Alminnelig strafferett (2004) på side 211 gir uttrykk for at bestemmelser hvor straffansvaret i alle relasjoner er objektivt, sannsynligvis er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2. Høyesterett går ikke inn på litteraturen som går i motsatt retning, men erkjenner at litteraturen i Europa er delt i synet på hvor langt EMK art.6 nr.2 går i å gi tiltalte vern.

Høyesterett påpeker og at EMK art.6 nr.2 må ses i sammenheng med art.6 nr.1 som krever at enhver rettssak må være "fair". Denne artikkel anses for å være et utslag av grunnleggende europeiske rettsstatsprinsipper, og blant disse er prinsippet om at ingen skal dømmes uten skyld et av de grunnleggende også i norsk strafferett. Det kan dermed se ut som Høyesterett knytter det alminnelige ulovfestede (i alle fall som generelt prinsipp) skyldprinsipp til EMK art.1 og dermed også EMK art.2. Det er i så fall en tolkning som bidrar til at det som før var et rettspolitisk de lege ferenda-moment, som lovgiver valgte å se bort fra gjentatte ganger,<sup>58</sup> hever sin status til å bli gjeldende rett av høyeste rettskildemessige rang gjennom EMK.<sup>59</sup>

#### 4.2.6 Proporsjonalitetsavveiningen

Før Høyesterett foretar den konkrete proporsjonalitetsavveiningen gjøres det klart at Barnekonvensjonen art.34, som pålegger statene å beskytte barn mot all ulovlig seksuell

---

<sup>57</sup> Se nederst avsnitt 71 i Rt.2005.833

<sup>58</sup> Se gjennomgangen av forarbeidene, hvor skyldprinsippet tidvis ble anført som et argument mot det objektive aldersvilkåret, men ble vraket av Stortinget gjentatte ganger.

<sup>59</sup> Se kritikken av denne forståelsen av EMK art.6 ved mindretallet, Hellesnes, G v. UK m.m.

omgang, ”utvilsomt” anses oppfylt selv om § 195 ikke hadde hatt objektivt aldersvilkår.<sup>60</sup> Beskyttelsen av barnets privatliv etter art.8 anses ikke å kollidere med tiltaltes rett etter EMK art.6 nr.2, da art.6 nr.2 gjelder grunnrettighetene i strafferetten og ikke er gjenstand for statlige skjønnsmarginer.<sup>61</sup>

Proporsjonalitetsavveiningen som foretas skal balansere hensynet til statens behov for å beskytte barn og tiltaltes forsvarsmuligheter. Høyesterett mener hensynet til barnet er ivaretatt ved at avhøret av dem er tatt opp på video, slik at bedømmelsen av deres utseende og kroppslige modenhet gjøres utfra et tidspunkt som ligger nærmere overgrepet enn rettssaken. Innen rettssaken kommer opp, er barnet blitt eldre og vil se mer utviklet ut. Høyesterett viser til den prosessuelle begrunnelse for regelen, og ser ut til å mene denne for en stor del er ivaretatt ved videofilmet dommeravhør av barn.<sup>62</sup>

Videre legger Høyesterett vekt på at tiltalte kan risikere fengselsstraff, og at minstestrafen på 2 år dersom overgrepet innebærer samleie, anses som streng.<sup>63</sup> Det legges vekt på at det eneste som gjør den seksuelle omgang ulovlig, er barnets alder. Dersom tiltalte ikke har utvist skyld i forhold til alderen, ville handlingen vært lovlig, gitt at fornærmede samtykket. Selv om tiltaltes subjektive forhold tillegges betydelig vekt ved straffutmålingen, f.eks. ble A's fengselsstraff i tingretten gjort helt ut betinget, mener Høyesterett dette ikke er nok: Tiltalte må kunne slippe straffskyld etter § 195 dersom han klarer å overbevise dommerne om at han var aktsom uvitende om alder.<sup>64</sup>

Barnets kroppslige utvikling tillates som et sentralt bevismoment for tiltaltes subjektive tro.<sup>65</sup> Videre vises det til at de øvrige nordiske land ikke har en slik regel som vår § 195

---

<sup>60</sup> Andre stater, som England, har senere uttrykt det motsatte, at alder som objektivt straffbarhetsvilkår er gitt for å være sikker på at staten ikke skal få kritikk for å ikke verne barnet godt nok etter EMK art.8, se G. v UK-drøftelsen i kap.

<sup>61</sup> Rt.2005.833 avsnitt 78

<sup>62</sup> Avsnitt 81

<sup>63</sup> Avsnitt 87

<sup>64</sup> Se avsnitt 85.

<sup>65</sup> Se avsnitt 81: ”Barn i denne alderen utvikler seg raskt.” Videoopptaket sentralt element i vurderingen av en anførsel fra tiltalte om at barnets alder var over 14 år.

3.ledd, og det antas at Norge er alene om å ha denne regelen.<sup>66</sup> Det presiseres også at vi i § 195-saker er innenfor den sentrale strafferett, og at de grunnleggende rettssikkerhetsgarantier Høyesterett mener følger av EMK art.6 er avgjørende for tiltalte.

#### 4.3 Analyse av Høyesteretts kjennelse – mindretallet

Mindretallet på to dommere, kommer til det samme resultat som førstvoterende, men med en annen begrunnelse. Uenigheten skyldes et annet syn på rekkevidden av EMK art.6 nr.2 om hvor langt tiltaltes rettigheter går. Mindretallet kan ikke se at EMK art.6 nr.2 verken etter sin ordlyd, sitt formål eller utfra EMD-praksis, åpner for en overprøving av straffebestemmelers materielle innhold. Alle avgjørelsene flertallet har gjennomgått og tolket, tolkes anneledes av mindretallet.

Dommene anses ikke å ha dreiet seg om objektive straffbarhetsvilkår, men om presumsjonsregler.<sup>67</sup> Kun Hardy Hansen-avgjørelsen, som er en avvisningsavgjørelse, gir støtte for flertallets tolkning. Mindretallet mener denne bygger på en misforståelse av Salabiaku-dommen, og står da i motstrid til fire dommer. Hvis den utvider EMK art.6 nr.2 ville det ikke skjedd i en avvisningsavgjørelse, og en slik utvidet forståelse av EMK art.6 nr.2 er ikke fulgt opp i senere EMD-praksis.

Mindretallet har positiv kunnskap om at objektive straffbarhetsvilkår er utbredt særlig i engelsk rett. Likeså finner mindretallet støtte i engelsk og svensk juridisk litteratur for at objektive straffbarhetsvilkår kan gis uten krav om subjektiv skyld. Presumsjonsregler derimot, krever at en proporsjonalitetsavveining må foretas.

Mindretallet mener at § 195 3.ledd kan anses som en presumsjonsregel p.g.a. uttalelser i forarbeidene i 1927 om at det ikke ville skje tiltalte noen urett om han ”tross den feilslagne beregning” fikk det fulle straffansvar. Mindretallet oppfatter at lovgiver her

---

<sup>66</sup> Se mine komparative studier kap.7 som viser noe annet

<sup>67</sup> Avsnitt 102 og 103

sier at tiltalte alltid vil være å bebreide, og da er ikke regelen objektiv. Er den en regel som i stedet presumerer skyld, må tiltalte ha forsvarmuligheter vedrørende alder. Dermed krever også mindretallet at man for fremtiden må innfortolke et aktsomhetsansvar når § 195 3.ledd anvendes.

#### 4.4 Vurdering av Rt.2005.833

##### 4.4.1 Vurdering av vekten

At en avgjørelse er avsagt av Høyesterett i plenum har stor betydning for vekten. Men man må, også her, se på premissene for konklusjonen som trekkes, og hva Høyesterett selv tar av forbehold rundt sine egne premisser. Høyesterett er inne på dette i avsnitt 47, hvor det fremgår at den rettskilden Høyesterett primært etterspurte, EMD-praksis som uttalte seg direkte om alder som objektivt straffevilkår, ikke fantes. Uten slike primære kilder så Høyesterett seg nødt til, sekundært sett, å tolke annen praksis som forelå og trekke slutninger fra denne.

Høyesterett fravek dermed den rettskildemessige hovedregel for bruk av dommer som sier at faktum i sak nr.1 bør være tilnærmet likt faktum i sak nr.2.<sup>68</sup> Dette er imidlertid ikke enten-eller, men det gjøres åpent rede for at vekten påvirkes jo fjernere man kommer fra faktum i saken.<sup>69</sup> Begrunnelsen for å trekke slutninger fra dommer som gjaldt andre saker, var at man antok Norge var alene om å ha regelen.<sup>70</sup> I avsnitt 83 bemerkes det at bestemmelsene i EMD-praksisen var av en helt annen karakter enn det som var aktuelt i denne saken. Et slikt avvik innebærer alltid en viss risiko i forhold til de slutninger som trekkes.

##### 4.4.2 Vurdering av Høyesteretts fortolkning av EMD's praksis

Høyesterett tolker de fire dommene og to avvisningsavgjørelsene slik at det kreves foretatt en proporsjonalitetsavveining, og at tiltaltes forsvarsmuligheter dermed må

---

<sup>68</sup> Eckhoffs "Rettskildelære", 2001 s.165-166

<sup>69</sup> Avsnitt 47

<sup>70</sup> Avsnitt 47

tilgodeses. Som følge av dette, og at man befinner seg på et sentralt straffeområde, mener Høyesterett at barns alder ikke kan legges objektivt til grunn i straffeloven § 195.<sup>71</sup>

Det er flere som leser EMD-praksisen annerledes enn flertallet i Høyesterett, se bl.a. mindretallet,<sup>72</sup> Hellesnes,<sup>73</sup> og senere også EMD i G. v UK<sup>74</sup>. Hellesnes peker på at ”ettersom et objektivt straffbarhetsvilkår per definisjon utelukker imøtegåelse om at det ikke foreligger subjektiv skyld, blir det ved anvendelsen av en slik regel svært vanskelig å forene et hvilket som helst objektivt straffbarhetsvilkår med uskyldspresumsjonen.”<sup>75</sup> Det kan fremstå som ulogisk at et objektivt vilkår likevel kan imøtegås med forsvar.

#### 4.4.3 Vurdering av Høyesterett syn på rekkevidden av og innholdet i uskyldspresumsjonen

Høyesteretts flertall synes å ikke se noen logikk i å skille mellom objektive straffbarhetsvilkår og presumsjonsregler, og Høyesterett mener at de forsvarsmuligheter tiltalte får ved presumsjonsregler også må gis ham ved de objektive vilkår. Det heter i slutten av avsnitt 71:

”Jeg har for mitt vedkommende vanskelig for å se at siktedes rettigheter skal være dårligere ved anvendelse av objektive straffbarhetsvilkår enn ved presumsjoner som det i praksis kan være svært vanskelig å gjendrive.”

Etter min mening er det likevel mulig å se en logikk i å foreta et prinsipielt skille mellom objektive straffbarhetsvilkår på den ene siden og presumsjonsregler på den andre siden, og slik leser jeg også de fire EMD-dommene.<sup>76</sup> Ser man først logikken, er

---

<sup>71</sup> Avsnitt 88

<sup>72</sup> Avsnitt 103

<sup>73</sup> Hellesnes Birgit Hellesnes: ”Forholdet mellom uskyldspresumsjonen etter EMK art.6(2) og straffebud helt eller delvis uten skyldkrav”, Universitetet i Tromsø, høst 2009, s.32.

<sup>74</sup> G.v.UK (37334/08) ”*decision of admissibility*”

<sup>75</sup> Hellesnes, s. 32.

det kanskje lettere å forstå at EMD virkelig kan tas på ordet når domstolen gjentatte ganger uttaler at det er et prinsipielt skille.

Menneskerettighetene er, for tiltaltes vedkommende, primært til for å beskytte mot overgrep fra påtalemyndigheten. Alt som påtalemyndigheten skal bevisføre, må tiltalte få kunne forsvare seg mot. Men når det gjelder barnets alder ved seksuelle overgrep, er dette *ikke* noe som er gjenstand for bevisføring fra påtalemyndighetens side. Det er et vilkår gitt av lovgiver, i hensikt å beskytte barn, og da vilkåret ikke skal bevisføres innebærer det heller ikke et *offentlig overgrep mot tiltalte* å legge barnets reelle alder til grunn.<sup>77</sup> Og innebærer det ikke et offentlig overgrep mot tiltalte, berøres heller ikke hans menneskerettigheter.

Forbehold må selvsagt tas om lovgiver skulle finne på å forby en normal utøvelse av noen av de andre menneskerettighetene. Men i vårt tilfelle er det jo stikk motsatt: Alder som objektivt vilkår er en utøvelse av statens konvensjonsgitte skjønnsmargin, som gir staten vide muligheter i hvordan de ønsker å beskytte barn. Det minnes og om at barns menneskerettigheter favner overtramp fra private såvel som fra det offentlige, i motsetning til for voksne, der menneskerettighetene bare skal beskytte mot overtramp fra det offentlige.<sup>78</sup>

#### 4.4.4 Vurdering av de barnerettslige kildene

Høyesterett vier ikke de anførte barnerettslige kildene stor oppmerksomhet. Aktor anførte EMK art.8 og Barnekonvensjonen art.34 som internasjonal forankring av lovgivers objektive aldersregel i § 195 3.ledd, men disse avvises i avsnitt 78 ved at forpliktelsene ”utvilsomt” anses oppfylt uten den objektive aldersregelen.

Her ser jeg en forskjell fra f.eks. England, hvor man inntar det standpunkt at alder bør være objektiv ”for å være på den sikre siden” i forhold til oppfyllelse av de internasjonale forpliktelsene. Dette fremgår bl.a. av Englands fremtredende dommer i

---

<sup>77</sup> Se uenigheten mellom flertallet og mindretallet om hvorvidt EMK art.6 nr.2 primært gir tiltalte en prosessuell beskyttelse eller også beskytter mot lovens materielle innhold, avsnittene 72 og 92.

<sup>78</sup> Njål Høstmælingen: ”Hva er menneskerettigheter”? s, 28.

House of Lords, Baroness Hale's uttalelse om at "The State would have been open to criticism if it did not provide her with adequate protection."<sup>79</sup> England har alder som objektivi vilkår som ett av flere tiltak for å beskytte barn.

Legger man til grunn at Høyesteretts tolkning innebærer at det må foretas en proporsjonalitetsavveining, kan man vurdere om Høyesterett tar nok hensyn til barnets beskyttelsesbehov når avveiningen foretas i avsnitt 81-88. Her nevnes ikke barnets beste, etter Barnekonvensjonen art.3, som skal være et grunnleggende hensyn ved ethvert tiltak en domtol fatter. Barnets sårbarhet i kraft av sin unge alder brukes ikke som et argument for beskyttelse av barnet. Tvert imot brukes barnets alder som et argument for å utvide tiltaltes rettigheter. Det resonneres som så at alder er det eneste som gjør den seksuelle omgang ulovlig, dermed er det viktig at tiltalte får forsvare seg i forhold til alder.

Utfra Høyesteretts forståelse av EMK derimot, er et strengt uaktsomhetsansvar kanskje så proporsjonalt som det går an, da Høyesterett innfortolket et krav om at tiltalte på et så sentralt område av strafferetten *må* ha forsvarmuligheter i forhold til alder.

#### 4.4.5 Om utvikling av konvensjonen og om norske verdiprioriteringer

Høyesterett uttaler at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen.<sup>80</sup>

Det innebærer at domstolene ikke skal tilsidesette annen norsk lovgivning i større grad enn det som følger av EMK. Høyesteretts tolkninger i Rt.2005.833 er likevel av juridiske forfattere blitt omtalt som å utvikle konvensjonen.<sup>81</sup>

Høyesterett redegjør i avsnitt (45) for at norske domstoler kan trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for nasjonal lovgivning og rettsoppfatning, *ved tvil* om EMDs avgjørelser. Det faktum at Høyesterett trekker inn nasjonale

---

<sup>79</sup>G.v UK (37334/08) avsnitt 14 (54)

<sup>80</sup> Avsnitt 45

<sup>81</sup> Andenæs og Motzfeldt Kravik, "Norske verdier og EMK" Lov og Rett (2010). (Kan googles på internett etter tittelen da pr.nå utgjør undervisningsmateriale til JUR 2000 ved UiO. Se s.7).



*rettsoppfatninger* i avsnitt 72, bekrefter at det har vært *tvil om tolkningen av EMD-praksisen*. Dette er likevel innenfor definisjonen av ”tolkning av konvensjonen”, slik den gjengis i avsnitt 45 (se især Rt.2000.996).

Høyesterett antok videre at vi var alene om å ha regelen. Sett i etterkant, var Norge ikke alene om å ha regelen, og EMD kom også senere med uttalelser som går i motsatt retning av Høyesteretts slutninger, uten at uttalelsene bryter med tidligere EMD-praksis.<sup>82</sup> I det lys kan man si at Høyesterett utviklet konvensjonen: Siden spørsmålet gjaldt menneskerettslige grunnrettigheter i strafferetten, hvor det *ikke er rom for individuelle forskjeller fra stat til stat*, er det mer riktig at en utvikling kommer fra EMD, da en slik fortolkning vil innebære at andre staters regler om objektive aldersvilkår også strider mot konvensjonen.

Høyesterett sier i avsnitt 76, under avsnittet om rekkevidden av og innholdet i EMK art.6 nr.2 (uskyldspresumsjonen):

”Når det derimot gjelder fundamentale rettssikkerhetsgarantier i strafferetten, som uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2, er det etter praksis lite spillerom for nasjonalt skjønn”.

Flere har ytret prinsipiell skepsis til Bøhlerdoktrinenes forbehold for ”norske verdiprioriteringer”,<sup>83</sup> da det kan stå ”i motstrid til tanken om menneskerettigheter som et universelt og kollektivt prosjekt”.<sup>84</sup>

I Rt.2005.833 tok Høyesterett og det valg at generelle nasjonale rettsstatsverdier i form av skyldprinsippet ble tillagt vekt, men ikke egentlig *nasjonale verdiprioriteringer*, som i dette tilfellet ved lovgiver var å ha alder som objektive straffbarhetsvilkår. Lovgiver hadde *bevisst prioritert* barns rettsstilling *foran* prinsippet om absolutt subjektiv skyld gjennom nærmere 80 år. Skillet mellom en konkret nasjonal verdi-*prioritering*

---

<sup>82</sup> G.v.UK (37334/08)

<sup>83</sup> Rt.2000.996.

<sup>84</sup> Se bl.a. Thomas Horn (2011) ”Hvilken rettspolitisk betydning bør kritikk fra CPT ha for norske regler om isolasjon ved varetektsfengsling?” i festskrift for JussBuss, ”Med loven mot makta”, Oslo 2011 s.327.

(lovgivers ønskede unntak fra skyldprinsippet) og en generell nasjonal verdi i form av en *rettsoppfatning* (skyldprinsippet) trer dermed frem.<sup>85</sup>

## **5 Rettstilstanden etter 2005: Praksis og ny straffelov**

### **5.1 Aktsomhetskravet i praksis etter 2005-kjennelsen**

#### **5.1.1 Innledning**

Høyesterett kom i sin kjennelse i Rt.2005.833 til at man i § 195 3.ledd må innfortolke en tilsvarende reservasjon som i § 196, slik at tiltaltes villfarelse om alder ikke fritar for straff, med mindre ingen uaktsomhet kan legges ham til last i forhold til uvitenheten. Dette beskrives av førstvoterende som et meget strengt kriterium.<sup>86</sup> Det er av interesse å studere praksis i tiden etter 2005 nærmere for å se om barnets rettsstilling reelt sett ble svakere etter 2005. Finnes det eksempler på at tiltalte som har begått seksuell omgang med mindreårige under 14 år, ikke domfelles etter § 195? Videre er det relevant å se hvordan underinstansene forstår jussen, og om aktsomhetsnormen praktiseres så strengt som Høyesterett mente den skulle.

Jeg har og sett på i hvilken grad utseendevurderinger og barnets egen kropp utgjør en del av grunnlaget for å behandle tiltalte mildere og dermed svekke barnets rettsstilling. I alle dommene jeg har gjennomgått var tiltalte en voksen, myndig mann over 18 år, og barnet var 12 eller 13 år. Tiltalte var dermed ikke selv et barn etter Barnekonvensjonen, med de formildende følger det ville hatt.

---

<sup>85</sup> Bøhlerdoktrinen forbehold for ”norske verdier” kan dermed brukes som argument på begge sider av en diskusjon alt utfra hvilken verdi man i et slikt tilfelle velger å omtale som ”den norske”. Se diskusjonen hos M.Andenæs og Motzfeldt Kravik ”Norske verdier og EMK” LoR (2010), evt.nettutgaven s.7.

<sup>86</sup> Avsnitt 88

Man kunne i prinsippet tenke seg at tiltalte påberopte straffritak grunnet ”jevnbyrdighet i alder og utvikling” etter 4.ledd, da en 19 åring som har seksuell omgang med en person han tror er 15-16, aldersmessig kan passere som ”jevnbyrdig”.

Men i de sakene jeg har gjennomgått var tiltalte godt over 18 år, og jevnbyrdighet var stort sett ikke påberopt eller noe stort tema. Domsmaterialet har dermed sentrert rundt de ”rene” villfarelsetilfellene, hvor en voksen tiltalt har hatt seksuell omgang med et barn.

### 5.1.2 Rettspraksis 2005-2011

Den nye rettstilstanden Høyesterett skapte, ser ut til å raskt ha blitt tatt opp av underinstansene. Allerede i 2005 ble tingrettsavgjørelser opphevet i saker der aktsomhetsvurderinger knyttet til tiltaltes påståtte gode tro ikke var foretatt.<sup>87</sup> Fra 2005 er det flere eksempler på at tiltalte som har hatt seksuell omgang med barn på 12 og 13 år, og dermed objektivt overtrådt straffebudet i § 195, ikke anses å ha utvist skyld med hensyn til barnets alder, og i stedet straffes etter den langt mildere § 196. I disse tilfellene klandrer retten ikke tiltalte for å ha trodd at barnet var eldre enn 14 år, men man bebreider tiltalte for å ha trodd at barnet var over 16 år. Utseendevurderinger er hyppig lagt til grunn for vurderingene av tiltaltes faktiske tro vedrørende alder, men også andre momenter ved situasjonen tas med i betraktning.

I en sak for lagmannsretten fra 2006 hadde en beruset mann seksuell omgang med en 12 åring uten bruk av prevensjon.<sup>88</sup> Mannen vedkjente seg den seksuelle omgang, men påstod at han var aktsomt uvitende om barnets alder. Han ble dømt i tingretten, til 2 års fengsel hvorav 1 år betinget. Dommen ble anket til lagmannsretten. Juryen svarte ”nei” på spørsmål om skyld etter både § 195 og § 196. Lagmannsretten tilsidesatte juryens kjennelse og kom enstemmig til at tiltalte utvilsomt var skyldig etter § 196 og at saken skulle behandles på ny for andre dommere. Resultatet ble at tiltalte ble dømt for seksuell omgang med mindreårige mellom 14 og 16 år (§ 196), og fikk en straff på 21 dagers fengsel. Mannen ble frifunnet for erstatning (oppreisning) da hans ikke ble ansett for å ha vært grovt uaktsom.

---

<sup>87</sup> LB-2005-84798 – anken kom inn dagen etter kjennelsen i Rt.2005.833 falt

<sup>88</sup> LA-2006-59553

Retten beskriver barnet som ”lubben med utviklede bryster” og hun hadde brukt sminke kvelden for overgrepet som kunne gi inntrykk av at hun var eldre enn 12 år. Også andre omstendigheter i saken ble tillagt vekt. Barnet ble imidlertid undersøkt av leger 12 timer etter den seksuelle omgang fant sted og i journalen stod det at fornærmede hadde utseende ”svarende til alder ca.12,5 år”. Tiltaltes kamerat hadde også reagert på at tiltalte tok med seg jenta opp i leiligheten, og kommenterte at hun var for ung.

I en annen sak, fra 2009, pågrep politiet en 21 år gammel mann mens han lå i sengen med et barn på 13 år<sup>89</sup>. Han hadde gjennomført seksuell omgang med henne uten prevensjon, etter å ha gitt henne små mengder kokain.<sup>90</sup> Tiltalte fotograferte videre barnet under den seksuelle omgangen. Tiltalte erkjente de faktiske forhold, men nektet straffeskyld fordi han trodde fornærmede var over 16 år. Juryen svarte nei på spørsmål om skyld etter § 195, men ja på tilleggsspørsmål om skyld etter § 196. Lagmannsretten la juryens kjennelse til grunn. Straffen ble utmålt til 112 timers samfunnstjeneste. Tiltalte hadde møtt barnet via internett uten å på forhånd ha fått svar på hvor gammel hun var. Da han traff henne og så bankkortet hennes sjekket han ikke fødselsdatoen, men la til grunn at hun var 16 år, hvilket hun opplyste ved møtet. Hans tro om alder begrunnet seg og i hvordan hun fremsto fysisk *etter at forbrytelsen var påbegynt/fullendt* (ved den seksuelle omgang): Overgrepsebildene tiltalte tok, ble benyttet av retten selv ved deres vurdering av hvilken alder barnet fremstod som å ha.

En relativt fersk sak, LA-2011-83604, har en fyldig beskrivelse av innholdet i aktsomhetsnormen. Her var en mann tiltalt etter § 195 for seksuell omgang med en jente som såvidt var fylt 13 år.<sup>91</sup> Tingretten klandret ham ikke for å tro at hun var over 14, men dømte ham etter § 196. Fornærmede fikk ikke oppreisningserstatning, da hans uaktsomhet ikke ble ansett å være grov. Lagmannsretten kom imidlertid til at tingretten hadde lagt til grunn en for mild aktsomhetsnorm, og opphevet tingrettens dom. Normen hadde ikke blitt praktisert så strengt som Høyesterett la til grunn i bl.a. Rt.2005.833.

---

<sup>89</sup> LA-2009-18397

<sup>90</sup> Kokainen var ikke nødvendigvis gitt i den hensikt å oppnå seksuell omgang

<sup>91</sup> LA-2011-83604

Sentralt ved den samlede vurdering skal være hva gjerningsmannens uriktige oppfatning var forankret i, og om han i den situasjon som forelå opptrådte tilstrekkelig aktsomt.

Det uttales i dommen at det forventes utvist en *aktivitet* for å bringe på det rene hva alderen faktisk er.<sup>92</sup> Tingretten i denne saken bedømte barnets alder bl.a. utfra hennes utseende i dommeravhøret, hvor det for dem ikke var åpenbart at fornærmede var under 14 år. Selv om barnet hadde opptrådt sammen med jevnaldrende venninner og også sagt at hun var 13 år, problematiserte retten at hun ikke hadde svart ”snart 14” – all den tid hun ikke var så langt unna å fylle år. Tingretten frifant også tiltalte i å betale oppreisningserstatning til barnet, da de mente det måtte være tilstrekkelig at det gjennom straffen ble markert at tiltalte hadde krenket fornærmede.

Tingretten beskrev overgrepet som lite graverende, kun en ”impulshandling i beruset tilstand”. Uklare domsgrunner, uriktig lovforståelse og rettsanvendelse førte imidlertid til at lagmannsretten opphevet denne dommen.

I saken gjengitt i LB-2010-1208 hadde en 23 år gammel mann hatt seksuell omgang med en knapt 13 år gammel jente. Tingretten frifant mannen, og i ankerunden svarte juryen nei på skyldspørsmålet. Lagmannsretten besluttet at saken skulle behandles på ny for andre dommere, jfr.strpl.§ 376 a, hvorpå mannen ble dømt etter § 195. Kontakten ble ifølge fornærmede etablert via internet på et chattested for barn under 18 år, noe tiltalte ikke utelukket, da han mente han var blitt hacket.

Den seksuelle omgang fant sted i tiltaltes bil, etter at fornærmede skal ha sagt nei flere ganger. Hun oppsøkte politistasjonen på egenhånd dagen etter, men ble avvist fordi hun var mindreårig. Hun kom tilbake senere med sine foresatte for anmeldelse av forholdet. Tiltalte ble ansett uaktsom fordi han ikke undersøkte hennes alder nærmere i forkant av den seksuelle omgang, bl.a. mente retten han burde ha undersøkt nærmere siden fornærmede brukte tannregulering. Barnet blir beskrevet som kraftig og 1.75 cm høy.

---

<sup>92</sup> LA-2011-83604 side 3.

Dommen poengterer at tiltaltes vurdering utelukkende av hennes utseende og fremtreden den korte periode de hadde kontakt før den seksuelle omgang, ikke er tilstrekkelig til å oppfylle den meget strenge aktsomhetsplikt som skal innfortolkes i § 195. Lagmannsretten fant det således klart at det må legges tiltalte til last at han ikke forsto at fornærmede var under 14 år. Selv om dommen inneholder beskrivelser av sminke, hår og klær i tillegg til de andre vurderingene av barnets utseende, oppfatter jeg likevel at lagmannsretten her legger til grunn en relativt streng aktsomhetsnorm – slik Høyesterett har ment.

Likvel kan man jo gjøre seg tanker om barnet kunne risikert svakere rettsstilling dersom det ikke hadde brukt tannregulering f.eks., et moment som ble vektlagt ved spørsmål om tiltalte hadde en oppfordring til å sjekke alderen nærmere. I det hele tatt – skal barnets vern avhenge av mer eller mindre tilfeldigheter ved dets utseende og fremtoning – ofte forhold det ikke selv kan noe for, som fysisk utvikling, tannregulering osv. Slike utseendevurderinger hadde man imidlertid også i dommer før 2005 – da knyttet til straffutmålingen, ikke til skyldspørsmålet.<sup>93</sup>

Også i saken LF-2004-12162 beskriver retten den 13 år gamle fornærmede jenta som ”velutviklet”, men også at hun fremstår som umoden og med manglende forståelse av situasjonen. Den seksuelle omgang beskrives som to bevisste overgrep begått av 22 åringen med fast forsett over tid, hvor utnytting stod sentralt. Tiltaltes påstand om aktsom uvitenhet nådde ikke fram. Fornærmede ble ansett som en ung person det var lett for en voksen mann å utnytte. Straffen ble 2 års fengsel. Dommen illustrerer at ikke alle barn mister sitt rettsvern selv om de anses som ”velutviklet”. Imidlertid vitnet barnets mor for retten om hvorfor datteren på tross av å være fysisk utviklet måtte anses som umoden. Spørsmålet man kan stille er om en 13 årings individuelle modenhet overhodet bør ha noe å si når en 22 år gammel mann har seksuell omgang med barnet.

Saken i LB-2011-39384 gjaldt to tilfeller av ubeskyttet seksuell omgang gjennomført av en 24 år gammel mann mot en jente på 13 år. Hun fikk chlamydia i etterkant, men lagretten svarte nei på spørsmålet om domfelte hadde smittet henne. Lagretten svarte ja

---

<sup>93</sup>Se bl.a. LF-2000-861

på hovedspørsmålet om skyld etter § 195. Lagmannsretten fant det ikke bevist at tiltalte hadde positiv kunnskap om barnets alder. Det måtte likevel utvilsomt legges ham til last at han ikke gjorde nærmere undersøkelser om alderen hennes. Lagmannsretten viser til det strenge aktsomhetskrav som etter Rt.2005.833 skal innfortolkes i § 195, og tolker dette slik øverst på s.4 i dommen:

”Dette betyr at tiltalte ikke kan slå seg til ro med fornærmedes egne opplysninger eller bedømmelse av utseende, slik tiltalte sier han gjorde. Aktsomhetsplikten innebærer at tiltalte må gjøre noe aktivt for å skaffe seg kjennskap til alderen, jfr. Rt-2008-867 avsnitt 31 til 33 med henvisninger.”

### 5.1.3 Hva innebærer en aktsomhetsvurdering?

Det er lagt til grunn i flere avgjørelser at tiltalte ikke kan slå seg til ro med fornærmedes egne opplysninger om alder, f.eks. Rt.2008.867. I innstillingen fra Straffelovrådet fra 1960, da aktsomhetsvurderingen ble innført i § 196, het det på side 25:

”Etter denne bestemmelse er straffskyld utelukket bare i de tilfelle hvor ingen uaktsomhet kan legges gjerningsmannen til last. Det er således en meget streng bedømmelse som domstolene skal legge til grunn i denne henseende. Kan man på noen måte si at gjerningsmannen har handlet uaktsomt, vil han måtte straffes. Det må foreligge meget tungtveiende grunner, om gjerningsmannen skal frifinnes i henhold til den foreslåtte lovregel, som må oppfattes som en unntaktsbestemmelse. Den vil ikke kunne anvendes hvis gjerningsmannen har satt seg ut over mulig tvil om hvor gammel den annen er (han har f.eks. slått seg til ro med den annens uttalelse om alderen).”

Når kontakten etableres over internet kommer og strl. § 200 4.ledd inn i bildet, og aktsomhetsvurderingen der må ses i sammenheng med den som skal foretas etter § 195/§196 3.ledd. I Rt.2008.867 vises det til dette i avsnitt (32). Da saken var i lagmannsretten ble det uttalt:

”Selv om fornærmede nok kunne se noe eldre ut enn sin faktiske alder, legger flertallet til grunn at hun uansett tilhørte en aldersgruppe hvor det er vanskelig å avgjøre alder ut fra utseende alene, noe som i seg selv tilsier at det ble gjort nærmere undersøkelser. Flertallet finner det ikke

tilstrekkelig at tiltalte har nøydt seg med å stole på de opplysninger som fornærmede selv ga, uten selv å gjøre noe aktivt for å sjekke at hun faktisk var så gammel som hun utgav seg for.”

Høyesterett var enig i dette.

#### 5.1.4 Oppsummering og vurdering av rettspraksis 2005-2011

Etter dette kan man oppsummere aktsomhetskravet med at utseendevurderinger ikke er tilstrekkelig til å anses aktsom og heller ikke uttalelser fra fornærmede selv om egen alder. De utseendevurderinger retten gjør, skal kun knytte seg til hva tiltalte faktisk kan ha trodd, men skyldspørsmålet ifht. alder/det sentrale ved aktsomhetsvurderingen knytter seg til hva tiltalte aktivt gjorde for å bringe alderen på det rene på tross av at fornærmede har sett eldre ut.

Om denne skarpe todeling mellom faktisk tro og aktivitetsplikt utover faktisk tro står like klart for enhver rett og jury, kan anes noe tvilsomt, bedømt ut fra noen av de gjengitte dommene over. Man kan få inntrykk av at utseendevurderinger bidrar til å bringe forholdet over fra § 195 til § 196. Finner man at en fornærmet under 14 år ved sitt utseende og fremtoning kan oppfattes å være eldre, men man likevel anser at tiltalte ikke har oppfylt sin aktivitetsplikt, skal han, slik jeg tolker gjeldende rett, dømmes for overtredelse av § 195.

Det krever svært god rettsbelæring fra en dommers side for å klargjøre for juryen at utseendevurderinger kun kan være en første innledende pekepinn på om tiltalte overhodet faktisk kan ha trodd fornærmede var eldre.

I den videre vurderingen av tiltaltes aktivitetsplikt for å ta rede på alder, skal utseendevurderinger, slik jeg forstår gjeldende rett, spille en mindre rolle – aktivitetsplikten skal nettopp klargjøre alderen utfra mer objektive og pålitelige kilder enn det utseende og uttalelser fra barnet selv gir.

Retten skal ikke kunne frikjenne eller selv omsubsumere til et mildere straffebud dersom aktivitetsplikten ikke er oppfylt – da skal tiltalte dømmes etter § 195, så sant de øvrige straffbarhetsvilkårene er til stede. Høyesterett selv skiller og skarpt mellom §



195 og § 196 i Rt.3005.833, avsnitt 79-80, bl.a. da brudd på § 195 anses som et langt mer alvorlig lovbrudd enn brudd på § 196, noe som bl.a. kommer til uttrykk i strafferammen.

## 5.2 Ny straffelov av 2005

Ordlyden i § 195 3.ledd ikke ble endret umiddelbart etter 2005-kjennelsen, men Høyesterett hadde kommet til at man måtte lese inn en aktsomhetsvurdering i ordlyden ved anvendelsen av loven. Siden dette var begrunnet i EMK, forpliktet lovgiver til å rette seg etter dette, jfr. mskrl.§ 3. Da den nye loven vedtas, etappevis i 2005, 2008 og 2009, skrev lovgiver passusen inn i teksten (2009), men departementet problematiserer Høyesteretts tolking av EMK i lys av den tilsvarende engelske regelen. Det fremgår at departementet prinsipielt ønsket et sterkere vern av barn under 14 år.

Stortingets justiskomité kommenterte ikke spørsmålet nærmere,<sup>94</sup> noe som ville vært naturlig hvis den var uenig med departementets syn. Stortinget har gjentatte ganger over 80 år har sagt at de ønsker å beholde alder som objektivt straffbarhetsvilkår i saker om seksuell omgang med barn under 14 år, og Regjeringen opprettholder sitt rettspolitiske syn i proposisjonen. Men av respekt for Høyesteretts forståelse av EMK vedtar lovgiver en bestemmelse med et strengt aktsomhetsansvar.

Loven er ennå ikke trådt i kraft.<sup>95</sup>

Seksuell omgang med barn under 14 år, skal etter den nye loven kalles ”Voldtekt av barn under 14 år” og gjenspeiler et syn om at barn ikke kan gi et juridisk gyldig samtykke til seksuell omgang.

Bestemmelsen blir å finne i lovens § 299. Alderselementet er skilt ut i en egen bestemmelse, § 307, som gjelder felles for ulike krenkelser av barn i §§ 299-306. Den lyder:

”For bestemmelsene i §§ 299-306 fører uvitenhet om barnets riktige alder ikke til straffrihet hvis tiltalte på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet.”

---

<sup>94</sup> Innst.O nr.73 (2008-2009)s. 48 og 50 flg.

<sup>95</sup> Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.396: Det skyldes at tilpassing av politiets datasystemer tar tid.

Dette svarer til det strenge uaktsomhetsansvar Høyesterett innfortolket i 2005-kjennelsen.

Etter forutgående henvendelse til Justisdepartementets lovavdeling får jeg ved mail av 24.april 2012 for øvrig opplyst at:

”Departementet utelukker ikke at det kan være aktuelt å vurdere om det er hensiktsmessig å gjeninnføre et objektivt straffansvar for barns alder ved seksuell omgang med barn under 14 år, i lys av den internasjonale rettsutviklingen. Dette vil i så tilfelle vurderes i forbindelse med ikrafttreddelsen av straffeloven 2005.”<sup>96</sup>

## **6 EMD 2011: Avvisningsavgjørelsen G. v. UK (37334/08)**

### **6.1 Innledning**

Etter at den nye rettstilstanden ble etablert i Norge, kom det et nytt tilskudd til rettskildebildet ved avvisningsavgjørelsen G. v UK, avsagt av EMD 30.august 2011.<sup>97</sup> For første gang får vi en uttalelse fra EMD direkte om det aktuelle temaet: Barns alder som objektivt vilkår i strafferetten. Dette til forskjell fra de fire dommene og de to avvisningsavgjørelsene som utgjorde Høyesteretts vurderingsgrunnlag i 2005. Der ble det imidlertid sagt på generell basis at det er et prinsipielt skille mellom presumsjonsregler og objektive straffevilkår.

Likevel kom Høyesterett til at disse to regeltypene skulle behandles likt, ved at det i begge tilfeller måtte foretas en proporsjonalitetsvurdering, utfra bl.a. formålsbetraktninger og uttalelse fra EMD om at objektive vilkår bare var tillatt under ”certain conditions”. ”Certain conditions” ble av Høyesterett oppfattet som å vise til at

---

<sup>96</sup> Lise Lehrmann, fungerende lovrådgiver: Tlf.: 22 24 54 89 og Fredrik Bøckman Finstad, avdelingsdirektør.

<sup>97</sup> Application no.37334/08

en proporsjonalitetsavveining mellom hva som står på spill for tiltalte og hva som står på spill for lovgiver, må foretas, og at tiltaltes forsvarsmuligheter er et viktig element i denne interesseavveiningen. G. v UK har en annen løsning.

## 6.2 Analyse av G. v UK

### 6.2.1 Faktum

Faktum bak G. v UK var at en 15 år gammel britisk statsborger hadde hatt seksuell omgang med en 12 år gammel jente, med bruk av prevensjon. Barnets eldre venner ble bekymret for henne, og tok henne med til en familie-planleggingsklinikk, som i sin tur ringte politiet. Barnet beskriver den seksuelle omgang som en voldtekt, gjennomført mot hennes klare protester, og samtalen hvor hun sier det, videofilmes. Den unge mannen ble tiltalt for voldtekt av barn under 13 år etter britisk lov, section 5 i the sexual Offences Act 2003, basert på dette bevismaterialet. Tiltalte innrømmet den seksuelle omgang, men han sa det skjedde frivillig og at han selv hadde trodd fornærmede var 15 år – noe hun skal ha fortalt ham på et tidligere tidspunkt.

Tiltalte sa seg likevel skyldig, da han fikk beskjed om at intet forsvar stod til hans disposisjon. Den britiske ordlyden var klar på at alder var et objektivt straffbarhetsvilkår og at forbrytelsen anses begått uavhengig av samtykke, aktsom god tro vedrørende samtykke og aktsom god tro vedrørende alder. Det 12 år gamle barnet aksepterte denne tilståelsen, da hun var livredd for å vitne – selv om barnet oppfattet situasjonen som en voldtekt.

### 6.2.2 Sakens behandling for intern domstol

Tiltalte ble dømt til 1 års ”detention and training order”, som er en type todelt straff bestående av en periode i fengsel først og deretter en periode i samfunnet under tilsyn. Straffen gis typisk til unge lovbytere mellom 12 og 17 år som representerer en høy risiko.

### 6.2.3 Sakens behandling for ankedomstolen Court of Appeal

Tiltalte anket dommen til den britiske Court of Appeal både i forhold til skyldspørsmålet og straffutmålingen. Begrunnelsen var at han mente de objektive straffbarhetsvilkårene krenket hans rett til en rettferdig rettergang og hans rett til å anses uskyldig inntil det motsatte er bevist, jfr. EMK art.6 nr.1 og 2. Tiltalte påberopte seg og EMK art.8, om at hans rett til privatliv var krenket ved at han ble dømt for voldtekt når hans unge alder tilsa at han kunne vært dømt etter section 13 som omhandler seksualforbrytelser begått av unge under 18 år.

Den britiske ankedomstolen avviste den del av anken som gikk på skyldspørsmålet, men tillot anken som gikk på straffutmålingen. Ankedomstolen fant at EMK art.6 nr.2 ikke var til hinder for at en stat kan lage straffebud med objektive straffbarhetsvilkår. Domstolen kom og til at straff for ”frivillig” seksuell omgang mellom to unge mennesker i noen tilfelle kan krenke privatlivet etter EMK art.8, men at dette ikke var tilfelle her. Dommeren hadde mulighet til å utmåle straff over et vidt spekter, slik at en dom etter section 5 godt nok ivaretok tiltalte som ung lovbrøyer. EMK art.8 ble ikke ansett krenket ved at 15 åringer ble dømt etter section 5.

### 6.2.4 Sakens behandling i House of Lords

Saken ble anket til Englands høyeste rett, The House of Lords, hvor anken enstemmig ikke ble tatt til følge. The House of Lords sa enstemmig at EMK art.6 nr.1 og 2 gir tiltalte rett til en rettferdig rettergang og presumsjon for uskyld, men ikke stiller krav til statene vedrørende det materielle innhold av straffebudene, inkludert om subjektiv skyld (”mental... elements”) skal være en del av forbrytelsen eller ikke. Flertallet av dommerne (3 av 2) fant og at tiltaltes rettigheter etter EMK art.8 ikke var krenket ved at han ble dømt etter bestemmelsen i section 5 (voldtekt) fremfor bestemmelsen i section 13, da den utmålte straffen ble ansett proposjonal i forhold til det legitime mål det er for staten å beskytte andres helse, rettigheter og frihet. Dette sett hen til at ankedomstolen hadde gjort straffen betinget.

Den engelske bestemmelsen tiltalte ble dømt etter, definerte samleie som den mest alvorlige seksuelle forbrytelse ovenfor et barn under 13 år. Selv om barnet skulle forstå

og selv ta del i den seksuelle omgang, regnes ikke et slikt ”samtykke” som gyldig juridisk sett. Dette bygger dels på en tanke om at barnet også må beskyttes mot seg selv. Hensikten med regelen er ikke bare å beskytte barnet mot voksne pedofile som jakter på unge ofre, men like mye å beskytte dem mot prematur seksuell aktivitet av alle slag.

Regelen beskytter på to måter: Ved at samtykke eller tilsynelatende samtykke er irrelevant, og ved at overgriperens viten eller manglende viten om barnets alder er irrelevant for skyldspørsmålet (men subjektive forhold kan likevel ha betydning for straffutmålingen). The House of Lords peker bl.a. på de skadevirkninger som tidlig seksuell omgang kan medføre for fornærmede, og at disse ikke nødvendigvis blir mindre av om overgriper er en ung person. Det vil avhenge av alle de konkrete omstendigheter i den enkelte sak.<sup>98</sup>

I forhold til EMK art.8, beskyttelse av privatlivet, anser House of Lords at begrepet ”privatliv” omfatter personens fysiske og moralske integritet, inkludert hans eller hennes seksualliv. Dette innebærer likevel ikke at enhver seksuell relasjon er verdt respekt, heller ikke enhver seksuell aktivitet en person ønsker å gjennomføre. Det betyr at den fysiske og moralske integritet til fornærmede, sårbar i det minste grunnet sin unge alder, var verdt respekt.

Staten kunne, etter House of Lords fortolkning av EMD, vært kritisert hvis den ikke beskyttet barnet på en adekvat måte. Retten snur tiltaltes fokus på eget privatliv til fokus på barnets krav på beskyttelse for sitt privatliv etter EMK art.8 – og statens svik mot barnet dersom dette ikke gjøres.

Statens metode for å beskytte barnets integritet var ved å lage en klar regel om at barn under 13 år juridisk sett ikke er i stand til å samtykke til seksuell omgang, og ved å definere samleie som den mest alvorlige form for seksuell omgang. Disse tiltak anser flertallet ikke for å innebære en manglende respekt av tiltaltes privatliv. Det er dommer

---

<sup>98</sup> Se bl.a. den norske saken i LH-2005-58165 hvor tiltalte ble dømt til å betale nærmere 600.000 kr til fornærmede for omfattende psykiske skadevirkninger, inkludert tap i fremtidig erverv, som følge av den seksuelle omgang som fant sted da hun var 13 år.

Baronesse Hale som fremsetter denne argumentasjonen, og EMD gjengir den over en helside i avgjørelsen, og viser også til den når EMD's syn på saken gjennomgås.

Mindretallet i House og Lords er helt enig med flertallet i at tidlig seksuell omgang kan være svært skadelig for barn, og at barn må beskyttes fra seg selv såvel som fra andre. Det er enighet om at man ikke kan dekriminalisere slike handlinger p.g.a. lav alder hos tiltalte. Farene ved mindreårig seksuell aktivitet anerkjennes sterkt av hele det britiske House of Lords. Mindretallet reagerer imidlertid på at den unge tiltalte på 15 år ble dømt etter voldtektsparagrafen under section 5, da de mener denne bør forbeholdes voksne tiltalte over 18 år, og at en tiltale under section 5 i dette tilfellet kan anses uproporsjonal. Sentralt for vårt tema er EMD's uttalelser om EMK art.6 nr.1 og 2, men også uttalelsene om EMK art.8 har relevans for barns rettslige beskyttelse mot ulovlig seksuell omgang.

## 6.2.5 EMDs behandling av saken

### 6.2.5.1 Partenes anførsler vedrørende EMK art.6 nr.1 og 2

EMD behandler først G.'s anførsel om at hans rettigheter etter EMK art.6 nr.1 og 2 er krenket, begrunnet i de objektive straffbarhetsvilkårene i den britiske bestemmelsen i section 5. G viser her til *Salabiaku v. France* som den sentrale dom.<sup>99</sup> G viser også til avvisningsavgjørelsen *Hardy Hansen v. Denmark*, og at det måtte foretas en proporsjonalitetsavveining slik at de objektive straffbarhetsvilkår må være innenfor "rimelige grenser". G. anfører at en dom etter section 5 innebærer alvorlige konsekvenser.

Staten UK anfører at art.6 nr.1 og 2 angår prosessuell rettferdighet og ikke innholdet i nasjonal lov. I denne henseende må man skille mellom det å være uskyldig i å ha begått handlinger som av lovgiver er definert som ulovlige og skyldvurderinger basert på

---

<sup>99</sup> Denne dommen var og sentral for Høyesterett da EMD-praksis ble tolket i Rt.2005.833. Tolkningen var ikke opplagt. G. v. UK er derfor interessant for rettskildebildet, da EMD der gir en tydelig tolkning av hvordan de uklare avsnitt i *Salabiaku v. France* skal forstås.

subjektive forhold. Staten anfører at fravær av subjektiv skyld er noe som er aktuelt å ta med i vurderingen av utmålingen, men ikke i vurderingen av skyldspørsmålet.

Bestemmelsen er gitt for å beskytte barn mot seksuelt misbruk og så langt som mulig fra det traume bevisføringen kan innebære for barnet. UK vedkjenner at tiltalte nok skulle vært anklaget ut fra section 13 og ikke section 5, men at det i tiltaltes tilfelle ikke spilte noen stor rolle da han uansett hadde fikk en dom som var proposjonal i forhold til det han hadde gjort og hensyntatt at han er en ung lovbrøyer på 15 år. Det siste ble ivarettatt ved at fengselsdelen av dommen ble gjort betinget i ankerunden.

#### 6.2.5.2 EMD's vurdering vedrørende krenkelse av EMK art.6 nr.1 og 2

Retten til å anses uskyldig krever, ifølge EMD, at påtalemyndigheten har byrden med å bevise ut over rimelig tvil alle elementene i forbrytelsen den anklagede er tiltalt for. Bevisbyrden kan og snus, slik at tiltalte må bevise sin uskyld. Videre forhindrer ikke EMK art.6 nr.1 og 2 nasjonal straffelov i å ha regler som inneholder fakta- eller juspresumsjoner, og dermed fritta påtalemyndigheten fra å bevise hvert enkelt element i forbrytelsen, gitt at slike presumsjoner er innenfor rimelige grenser og tar hensyn både til hva som står på spill for lovgiver og til tiltaltes forsvarsmuligheter.

Samtidig understreker EMD, at i prinsippet er de kontraherende stater fri til å anvende straffeloven på en hvilken som helst handling som ikke rammer vanlige måter å utøve andre menneskerettigheter på. Det er ikke EMD's rolle i EMK art.6 nr.1 og 2 å diktere innholdet av nasjonal strafferett, inkludert om en klanderverdig mental tilstand hos tiltalte skal utgjøre et element av forbrytelsen eller ikke og inkludert om tiltalte skal ha bestemte forsvarsmuligheter eller ikke. EMD viser her til *Salabiaku v. France*, *Radio France and Others v. France*, ECHR 2004-II, og dessuten vises det til *Z and Others v. UK* og ECHR 2001-V vedrørende innholdet av materielle sivile rettigheter og plikter. Dette uttrykkes slik av EMD i avsnitt 27:

”At the same time the Court underlines that in principle the Contracting States remain free to apply the criminal law to any act which is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention and, accordingly, to define the

constituent element of the resulting offence. It is not the Courts role under Article 6 §§ 1 or 2 to dictate the content of domestic criminal law, including whether or not a blameworthy state of mind should be one of the elements of the offence or whether there should be any particular defense available to the accused.”<sup>100</sup>

EMD bemerker at britisk lovgiver lagde regelen i section 5 i 2003 Act for å beskytte barn mot seksuell utnytting. Den objektive del av gjerningsbeskrivelsen var inntrenging av penis, utført av person over den strafferettslige lavalder, i vagina, munn eller anus til barn på 12 år eller yngre. Det subjektive element er intensjon (forsett) om penetrering. Tiltaltes kunnskap om eller skjødesløshet vedrørende barnets alder eller barnets vilje til å ta del i den seksuelle aktivitet er ikke elementer ved forbrytelsen. I saken skulle påtalemyndigheten bevise ut over rimelig tvil at alle elementer avgjørende for at tiltalte var skyldig i forbrytelsen forelå. EMD anser ikke lovgivers valg om å ha alders- og samtykke elementet som del av en faktisk beskrivelse av hva som er straffbart, uten forsvarsmuligheter for tiltalte, for å gi opphav til noen som helst problemer i forhold til EMK art.6 nr.1 eller 2.

Den britiske bestemmelsen i Section 5 fra 2003 åpner ikke for at fakta- eller juspresumsjoner kan sluttes fra de elementene som skal bevises av påtalemyndigheten. Prinsippet om proporsjonalitetsavveining fra Salabiaku-dommen kommer derfor ikke til anvendelse her.

Dette fremgår i avsnitt 28:

”In the instant case, the prosecution was required to prove all the elements of the offence beyond reasonable doubt. The Court does not consider the Parliament’s decision not to make available a defense based on reasonable belief that the complainant was aged 13 or over can give rise to any issue under Article 6 §§ 1 or 2 of the Convention. Section 5 of the 2003 does not provide for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution. The principle considered in Salabiaku (*cited above*) therefore has no application here.”

---

<sup>100</sup> Avsnitt 27



EMD anser altså ikke lovgivers valg om å ikke gi tiltalte forsvarsmuligheter knyttet til alder for å overhodet innebære noe problem i forhold til EMK art.6 nr.1 og 2. Prinsippet som gjelder presumsjonregler (Salabiaku v. Frankrike avsnott 28) har derfor ingen anvendelse her.

EMK beskytter bare tiltalte mot overtramp fra påtalemyndighetens side, ikke mot strenge straffebud i seg selv. At barnet innehar en faktisk alder er ikke et bevisstema for påtalemyndigheten, det er et faktum, og det er derfor intet overgrep mot tiltaltes menneskerettigheter som anses berørt ved at barnets alder legges til grunn uten diskusjon. EMD har ingen myndighet til å diktere statene om innholdet av hva som skal anses straffbart, med mindre staten forbyr normal utøvelse av andre menneskerettigheter. Dermed avvises denne delen av G.'s klage mot UK, etter EMK art.35 §§ 3(a) og 4, da det ikke ligger innenfor EMD's jurisdiksjon å avgjøre innholdet av intern straffelov.<sup>101</sup>

#### 6.2.5.3 Partenes anførsler vedrørende EMK art.8

Tiltalte G.klaget og til EMD over at forfølgningen mot ham, dommen og straffutmålingen, hver for seg eller samlet utgjorde et uforholdsmessig inngrep i hans rett til respekt for privatliv etter EMK art.8. Han anførte at seksuallivet er en del av privatlivet, og at EMK art.8 derfor kom til anvendelse. G. anførte at det å dømme en 15 åring for "voldtekt" var svært stigmatiserende, og heller ikke nødvendig i et demokratisk samfunn, især da han trodde den seksuelle omgang var frivillig og at fornærmede var 15 år. Tiltalte mente det kunne ramme ham i forhold til fremtidige arbeidsgivere, påvirke ham negativt ifht. venner og familie og i samfunnet generelt.

UK var av den oppfatning at G.'s rettigheter ikke var krenket (se over).

---

<sup>101</sup> Avsnitt 30 i G. v.UK: "incompatible ratione materiae with the provisions of the Convention"

#### 6.2.5.4 EMD's vurdering vedrørende krenkelse av EMK art.8

EMD vurderer først om EMK art.8 er anvendelig. Begrepet "private life" anses å inkludere også individets seksualliv, men ikke enhver seksuell aktivitet bak lukkede dører vil nødvendigvis falle inn under art.8. Begrepet "private life" dekker og en persons fysiske og moralske integritet, som statene kan kreves å sikre gjennom sin nasjonale lovgivning. Tiltalte ble dømt og fikk sin straff utmålt utfra at den seksuelle omgang ble ansett å være frivillig, og ut fra at han var i aktsom god tro om at fornærmede var 15 år<sup>102</sup>. Under disse forutsetninger aksepterer EMD at den seksuelle aktivitet faller inn under definisjonen av "privatliv". Strafforfølgningen av tiltalte var i så måte en innblanding i tiltaltes privatliv, utført av en offentlig myndighet. Denne innblanding var imidlertid "in accordance with the law" – og dette var ikke omdiskutert av partene. Dessuten var intensjonen bak inngrepet å beskytte unge og sårbare barn mot for tidlig seksuell aktivitet, utnytting og misbruk. EMD er derfor ikke i tvil om at innblandingen i tiltaltes privatliv søkte å oppfylle lovgivningsmessige mål om å forebygge forbrytelser og beskytte andres friheter og rettigheter.

EMD vurderer så om den fortsatte strafforfølgning, dom og utmåling av straff mot tiltalte var "nødvendig i et demokratisk samfunn", slik 2.ledd i art.8 krever. Det må tas hensyn til om innblandingen svarer til et presserende sosialt behov og om det er proporsjonalt i forhold til de interesser lovgiver har å ivareta. I vurderingen av om en innblanding i privatlivet er "nødvendig i et demokratisk samfunn" tar EMD i betraktning at statene har en viss skjønnsmargin, og at grensene for denne varierer fra sak til sak utfra konteksten. Når de aktiviteter det er tale om, involverer et intimt aspekt av privatlivet, er statenes skjønnsmargin normalt ikke så stor. På den annen side, i dette tilfellet var den motstående offentlige interesse behovet for å beskytte fornærmede og andre barn i samme posisjon mot prematur seksuell aktivitet, utnytting og misbruk.

---

<sup>102</sup>Se avsnitt 6 i G. v. UK: Tiltalte hadde erkjent skyld under forutsetning om at han anså fornærmede for å ha samtykket og var over 15 år. Fornærmede nektet å vitne. Hun skal ha vedkjent å ha sagt at hun var 15. Det var endel diskusjon i den nasjonale domstolen om skylderklæringen skulle godtas på disse premisser, men den ble til slutt akseptert.

EMD viser så til de britiske domstolars vurdering, og gjentar at staten har en *positiv forpliktelse* etter art.8 til å beskytte sårbare individer mot seksuelt misbruk. Det vises bl.a. til X og Y v. Nederland og K.A. og A.D. v. Belgia. EMD har i tidligere avgjørelser kommet til at statene nyter en vid skjønnsmargin når det gjelder å sikre adekvat beskyttelse mot voldtekt (M.C. v. Bulgaria, no.39272/98, § 154, ECHR 2003-XII). EMD kommer til, gitt arten av den offentlige interesse, at statens skjønnsmargin i denne saken må være vid.

EMD fremhever Baroness Hales betraktninger (avsnitt 39), at konsekvensene av samleie for et barn under 13 år kan være svært skadelige. EMD anser ikke statene for å overskride den skjønnsmargin de er gitt ved å lage et straffebud som kaller slik seksuell omgang for "rape" (voldtekt) og som ikke tillater bevisføringer rundt at barnet skal ha samtykket eller rundt tiltaltes feilaktige tro vedrørende barnets alder. EMD anser ikke statene for å ha overtrådt skjønnsmarginen ved å strafforfølge tiltalte, især siden loven inneholdt vide muligheter i forhold til straffutmålingen, og de formildende hensyn rundt tiltaltes unge alder ble tatt hensyn til ved at ankedomstolen endret dommen til betinget fengsel.

G.'s klage etter EMK art.8 avvises som *åpenbart grunnløs* ("manifestly illfounded") med hjemmel i EMK art.35 §§ 3 og 4.

### 6.3 Vurdering av G. v UK

Man kan generelt si at avvisningsavgjørelser har noe mindre vekt enn dommer, i alle fall hvis det foreligger dommer med motsatt konklusjon om samme tema. Men også avvisningsavgjørelser avsies av 7 dommere, like mange som ved dom i kammer.<sup>103</sup>

Dersom man får en uttalelse fra EMD, som er klar og tydelig, relativt godt begrunnet og avsagt av 7 dommere, om et spørsmål som til nå har vært uten avgjørelser direkte om spørsmålet, skal den selvsagt tillegges betydelig vekt.

---

<sup>103</sup> Prinsipielle avgjørelser treffes i storkammer, bestående av 17 dommere.

I vår sak foreligger ingen motstridende dommer, og dermed er det ikke noen grunn til at vekten skal være svekket fordi den er en avvisningsavgjørelse. I forhold til vårt spørsmål, om alder som objektivt straffbarhetsvilkår strider mot tiltaltes menneskerettigheter, er G. v. UK de eneste uttalelser vi har fra EMD. Avgjørelsen har dermed direkte betydning. Dette er den kilden Høyesterett etterlyste da de i 2005 var nødt til å ta stilling til spørsmålet uten å ha EMD-praksis som gjaldt det aktuelle området. Når det nå foreligger direkte uttalelser fra EMD, er det stor grunn til å regne med at dette ville vært den primære kilde dersom den forelå i 2005.

Avgjørelsen er etter min oppfatning svært klar, og dessuten relativt godt begrunnet, både ved EMD's egne uttalelser og ved at den flere ganger henviser til de britiske nasjonale domstolars betraktninger, som i stor grad er gjengitt i avgjørelsen. Det vises og til flere andre EMD-dommer når standpunktene begrunnes. EMD fremstår med stor sikkerhet når den avviser G.'s klage begrunnet i at saken ligger utenfor domstolens jurisdiksjon og at klagen er *åpenbart grunnløs*.

Dersom man bare skulle lagt vekt på EMD's realitetsavgjørelser, og ikke avvisningsavgjørelser, ville vi fått et skjevt rettskildebilde. De avviste sakene avvises fordi de går i individets disfavør. Når EMD avviser en klager fra England så tydelig, er det ingen grunn til å tro at en lignende klage mot Norge skulle bli bedømt annerledes. Når det heller ikke foreligger andre motstridende dommer, verken før eller etter 2005-kjennelsen, tilsier dette at avgjørelsen er svært relevant og veier tungt ved bedømmelsen av hva som er/bør være gjeldende rett på dette området.

## **7 Komparative studier**

### **7.1 Innledning**

Førstvoterende i Rt.2005.833 uttaler i avsnitt 47 og 82 at en regel med alder som objektivt straffbarhetsvilkår er noe vi i Norge antagelig var alene om å ha. Dette argumentet benyttes som en forklaring på hvorfor det ikke finnes EMD-praksis om

spørsmålet, som kunne virket som et prejudikat for løsning av saken. Det vedkjennes at ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelser vil det ha vekt om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett.

Videre uttales at man grunnet manglende EMD-praksis må kunne trekke bindende slutninger fra EMD-praksis på andre områder når spørsmålet om § 195 3.ledd strider mot tiltaltes menneskerettigheter etter EMK art.6 nr.2 skal besvares. Det generelle rettskildemessige prinsipp om at det bør være likhet i fakta mellom sak nr.1 for at den skal virke som eksempel for løsning av sak nr.2 fravikes dermed åpent og begrunnet.<sup>104</sup> Likhet i fakta er for øvrig ikke et enten-eller, men vekten, som Høyesterett selv sier, påvirkes av hvor like fakta er.

Det var uforenlig motstrid mellom flertallet og mindretallet i Høyesterett om Norge var alene om å ha alder som objektivt straffbarhetsvilkår, og videre om tolkningen av EMD-praksisen. Denne motstrid ledet meg til å foreta noen komparative studier, innenfor de knappe tidsmessige rammer en 30 studiepoengs masteroppgave rommer. Hensikten var både å finne ut om flertallets eller mindretallets oppfatning fremstod som mest plausibelt, men og fordi komparative studier har en egenverdi som kan øke vår innsikt og skape en videre forståelsesramme rundt rettsområdet. Videre har hele verden (utenom U.S.A. og Somalia) påtatt seg å beskytte barn mot all ulovlig seksuell omgang gjennom Barnekonvensjonen, og det er derfor også interessant å se hvor vanlig det er at stater velger å beskytte barn ved å ha alder som objektivt straffbarhetsvilkår.

## 7.2 Kort om metode

Metodisk fremgangsmåte har vært kartlegging av lovtekster fra andre land, tolket av professorer, universitetslektorer og i ett tilfelle en praktiserende forsvarer i strafferett (Canada) via elektronisk kontakt. Det ble presisert spesifikt om tiltalte kunne oppnå ”ikke skyldig”-dom hvis han hadde en god nok grunn til å tro fornærmede var eldre.

---

<sup>104</sup> Se Helgesen ”Rettskildelære” 2001 s.165

### 7.3 Funn

Blant de respondentene som svarte synes det å gå et skille mellom kontinental og anglo-amerikansk rett.

Av forsvarer Tom Bulmer i Canada<sup>105</sup> ble jeg opplyst om at villfarelse om tall i rettssystemet, det være seg promillestørrelse eller alder på person man har seksuell omgang med, avvises konsekvent.<sup>106</sup> For å sikre seg at samtykke til seksuell omgang er reellt, må hvert individ selv påse at den man har seksuell omgang med ikke er mindreårig. Jeg gjengir her strafferettsadvokat Tom Bulmers redegjørelse for de Canadiske forhold, som han mener også er representativt for Australia, UK og U.S.A (anglo-amerikanske prinsipper):

“The Crown lawyers will look at the evidence and decide whether to proceed with charges or not based upon the evidence. Everyone is innocent until proven guilty as well here. But, the **numbers rule** (min uthevelse) at trial and generally, an adult cannot claim he/she thought a child was older. Having said that, such an honest belief could effect the seriousness of the punishment. That does not mean they are not guilty it means that their belief could mitigate the punishment down.”

Som vi ser har man også her bestemmelser om at enhver skal anses uskyldig inntil skyld etter loven er bevist. Hva tiltalte måtte ha trodd om barnets alder fritar ikke for straffskyld, men kan påvirke straffutmålingen.

“In Canada you are not allowed to drive with over 80 milligrams of alcohol in 100 milliliters of blood. It is no excuse to think you were under. It is up to you to *know*. Likewise, an adult has a duty to know who that person is having sex with so that consent is real.

That is why the numbers are important here. An honest belief that would show the offender is not an active child molester will mitigate a sentence but not avoid a conviction.

The numbers are all important in these jurisdictions in my opinion” (de anglo-amerikanske landene, min presisering)

---

<sup>105</sup> Just Answer Canada law – beskyttet internettjeneste

<sup>106</sup> De litt komplekse formularene fremgår av <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-70.html#h-57>

England har objektivt aldersvilkår i sin section 5 i the 2003 Act<sup>107</sup>:

”Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if-

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and

(b) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life”

New Zealand beskytter barn under 12 år ved å ha alder objektivt i sin New Zealand Crimes Act 1961 artikkel 132(4):

”It is not a defence to a charge under this section that the person charges believed that the child was of or over the age of 12 years”.

Mine komparative studier avdekket og at Irland hadde alder som objektivt straffbarhetsvilkår frem til en sak i 2005. Da tilsidesatte irsk høyesterett, i **CC v. Ireland**, den rådende rettstilstanden på samme måte som Høyesterett i Norge gjorde samme år. Det ble ansett urettferdig at tiltalte ikke kunne forsvare seg i forhold til alder, særlig siden han kunne risikere streng straff (fengsel på livstid). Begrunnelsen var EMK art.6 nr.1 og 2 samt det alminnelige skyldprinsipp i Europa. Loven ble etter dette endret i Irland i 2006.<sup>108</sup>

Man ser med dette at Norge verken var alene om å ha alder som objektivt vilkår, men og at vi heller ikke var alene om å ha en Høyesterett som tilsidesatte regelen utfra tolkninger av EMK og det alminnelige skyldprinsipp.

Jeg fant sterke innslag av skyldprinsippet i bl.a.Finland, som synes å praktisere et forsettskrav ifht.alder, slik vi hadde fra 1902-1927. Professor Raimo Lahti ved universitetet i Helsinki opplyser:

”The age of protection in Finland is under 16 years. The normal requirement of intent as to the age of the victim is valid.”<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Jfr. G. v UK

<sup>108</sup> <http://www.irishstatutebook.ie/home.html> Se og [http://www.citizeninformation.ie/en/justice/criminal\\_law/criminal\\_offences/law\\_on\\_sex\\_offences\\_in\\_ireland.html](http://www.citizeninformation.ie/en/justice/criminal_law/criminal_offences/law_on_sex_offences_in_ireland.html)

<sup>109</sup> Se den finske straffeloven som er tilgjengelig både på svensk ([www.finlex.fi](http://www.finlex.fi)) og i en engelsk uoffisiell oversettelse ([www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1889/en/18890039.pdf](http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1889/en/18890039.pdf))

Tyskland har likeså en regel bygget på skyldprinsippet i sin bestemmelse på dette området, her redegjort for ved professor Florian Jessberger ved Universitetet i Hamburg:<sup>110</sup>

“Age is an objective element. Still, if the perpetrator is not aware that this objective element is present, he may, according to general principles of criminal law, not be punished since the required fault element would then be missing.”

Tiltaltes subjektive uvitenhet om at barnet er under straffebudets alder kan altså fritta for straff i Tyskland, da det påkrevde skyldelement som anses påkrevd etter generelle strafferettslige prinsipper da vil mangle.

Etter dansk straffelovs § 222 er det straffbart å ha samleie med et barn under 15 år. Er barnet under 12 år kan straffen skjerpes. Om skyldkravet i forhold til alder heter det:

”Gerningspersonen skal både objektivt (faktuelt) og subjektivt (tilregnelse – forsætligt) have realiseret gerningsindholdet. Hvis gerningspersonen ikke var klar over (havde forsæt til), at barnet var under 15 år, kan han/hun straffes efter straffelovens § 226, hvis ukendskabet til alderen kan tilregnes vedkommende som uagtsomt.”

Sverige har, ved professor Eva Johnssons redegjørelse (Universitetet i Stockholm), en regel bygget på uaktsomhet:

”I svensk rätt regleras sexualbrott mot barn i 6 kapitlet i brottsbalken (BrB). Det finns ett flertal brott som rör barn, och en del tar sikte på barn under 18 år, andra på barn under 15 år. Vad gäller åldersrekvisiten, skall dessa vara täckta av minst oaktsamhet, medan resterande rekvisit skall täckas av uppsåt, se 6:13 BrB. Att barnet har en viss ålder är ett "objektivt" rekvisit, medan oaktsamheten är kopplat till det personliga ansvaret. Domstolen kan således komma fram till att omständigheterna i det enskilda fallet tyder på att den tilltalade inte hade skälig anledning att anta att barnet enbart var 13 eller 14 år gammalt. Det kan t.ex. röra sig om att barnet var mer moget och mer utvecklat än vad som är normalt i den åldern. Vilket brott som blir aktuellt, beror på vilken typ av sexuell handling det handlar om, se 6:4-6 BrB.”

Den svenske regelen ligner m.a.o. på den norske, ved at det kreves simpel uaktsomhet mht.alder. En person som har vært ”aktsomt uvitende” kan ikke straffes.

Utseendevurderinger og barnets fysiske utvikling og modenhet brukes i vurderingen av

---

<sup>110</sup> Professor i straff/straffeprosess/internasjonal straff. Relevante bestemmelser i straffeloven fines i sec 174 et seq: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html)



tiltaltes aktsomme tro rundt barnets alder. Se og min gjennomgang av rettspraksis i Norge fra 2005-2011, kap.5.

#### 7.4 Oppsummering av de komparative studier

Norge var ikke alene om å ha alder som objektivt straffbarhetsvilkår i 2005. England og Irland hadde lignende regler. Det ser ut til å gå et skille mellom kontinental rett og anglo-amerikansk rett i forhold til barns alder som objektivt straffbarhetsvilkår. Canada og New Zealand bekreftes å ha alder som objektivt straffbarhetsvilkår. Flere europeiske land krever en eller annen form for skyld i forhold til alderselementet, f.eks. Sverige, Danmark, Finland og Tyskland. Barnets fysiske modenhet bekreftes å være et sentralt element ved vurderingen av om tiltalte kan ha vært i aktsom god tro. I de europeiske land som ikke er anglo-amerikansk inspirert, ser det alminnelige skyldprinsipp ut til å stå sterkt i den juridiske og kulturelle tradisjon.

### 8 Veien videre

For rettsanvenderen er det et sentralt spørsmål hva som nå egentlig er gjeldende rett. Diskusjonen i Lovdatas merknadsfelt til § 195 mellom Elden, Holmboe og Jahre viser enighet om at G.v.UK åpenbart har betydning for rettskildebildet.<sup>111</sup> Enhver dommer som nå får seg forelagt en sak etter § 195 må på vanlig måte forholde seg til alle relevante rettskilder, inkludert G.v.UK. Det må foretas en selvstendig vurdering og vekting av denne, sett opp mot Rt.2005.833. I vurderingen er det etter min mening nødvendig å gå inn i den reelle argumentasjonen bak avgjørelsene.<sup>112</sup>

Norge er forpliktet til å beskytte sårbare barn, og dette har vært et uttalt ønske hos lovgiver. EMDs klargjøring i G.v.UK åpner opp nye muligheter for lovgiver. Ingen konvensjonsforpliktelser hindrer nå lovgiver i å ha en slik regel. Strengt tatt har konvensjonen ikke engang i 2005-2011 vært til hinder for en slik regel, men Høyesterett

---

<sup>111</sup> Se i motsatt retning Andenæs og Bjørge: "Menneskerettene og oss" (2012)

<sup>112</sup> Se avhandlingens kapittel 4 og 6 for drøftelser av vektspørsmålet av Rt.2005.833 og G.v.UK.

tolket det slik. Lovgiver kan igjen velge å beskytte barn ved å ha alder som objektivt straffbarhetsvilkår. Lovgiver har etter Barnekonvensjonen en plikt til å vurdere hva som er til barnets beste. Lovgiver har bl.a. muligheten til å vurdere hvordan aktsomhetsregelen har virket i praksis, se kap.5.1 i denne avhandlingen.

Vurderinger av barnets fysiske utvikling er et hyppig tema i dommene. Barna kan bli beskrevet som ”lubben med utviklede bryster”, ”velutviklet” og så videre. Dette er snakk om 12 og 13 år gamle barn, i saker hvor tiltalte stort sett har vært mellom 20 og 30 år gamle. I flere tilfeller har juryene svart ”nei” på skyld-spørsmålet, selv om det har vært på det rene at den seksuelle omgang har funnet sted. Påstanden fra tiltalte har i alle sakene vært at han trodde barnet var eldre, og mye av bevisføringen dreier seg om hva tiltalte kan ha trodd. Selv om omstendigheter ved hele situasjonen skal tas med i en aktsomhetsvurdering, er likevel barnets egen kropp et gjennomgående tema i vurderingen, noe jeg anser som bekymringsfullt for barnets rettssikkerhet.

Det strider mot manges rettsfølelse at et barn skal kunne få en svakere rettsstilling på grunn av en fysisk moden kropp. Et barn man kan være enig om ser mye eldre ut allerede som 12-13 åring, vil ikke se mindre moden ut etter som årene går frem mot hun er 16. Hun vil dermed kunne risikere at mer enn bare én gutt/mann hun treffer i disse årene vil tro hun er eldre, og ingen vil klandre dem. Fysisk modne barn kan dermed risikere at vernet etter § 195 kan bli svært uthulet. De samme barna kan rammes igjen og igjen. Gjentatte overgrep var et problem blant flere av barna i domsmaterialet.

Det ligger og en fare for kollektive feilvurderinger, når man som ledd i en aktsomhetsvurdering bedømmer et barns utvikling. F.eks. viser ny skandinavisk forskning (2006), publisert i det internasjonalt anerkjente tidsskriftet *Pediatrics*, at jenter nå gjennomsnittlig når puberteten i en alder av ca.9,5 år, mot nærmere 11 år i 1991.<sup>113</sup> Dette beskrives av forskerne som ”markant”.Hva som er en ”typisk” 12 og 13 åring i dag, er derfor ikke hva det var for bare noen år siden. Det er i dag *påregnelig* at en 13

---

<sup>113</sup> Definert ved begynnende brystutvikling. Se og kap.2.

<http://pediatrics.aappublications.org/content/123/5/e932.full.html> Forskere: Lise Aksglæde, Kaspar Sørensen, Jørgen H.Petersen, Niels E. Skakkebæk og Andres Juul ved det danske Rigshospitalet (2006).

åring fysisk sett kan være ferdig utviklet, og se eldre ut enn det dommerne forbinder med den aldersgruppen.<sup>114</sup>

Nesten samtlige av de gjennomgåtte lagmannsrettsdommene inneholder beskrivelser av psykiske skader hos barnet, i noen tilfeller og helseskader i form av kjønnssykdommer. Flere av barna hadde blitt utsatt for overgrep fra flere personer.<sup>115</sup>

Aktsomhetsregelen synes i tillegg til de nevnte problemer dessuten å skape mye prosess: Man hadde i flere av sakene først en avgjørelse i tingretten, deretter anke til lagmannsretten, som gjerne var satt med jury, for så å sette retten på nytt som meddomsrett og evt. også anke til Høyesterett. Når dette ikke lenger kan begrunnes i tiltaltes menneskerettigheter, synes det prosesskapende å ha en slik regel. Det utsetter det unge barnet for flere runder med rettslige behandlinger - dermed opprettholdes skadevirkningene for barnet.<sup>116</sup>

Aktsomhetsvurderinger innebærer videre subjektive vurderinger fra dommere og lekfolk: Det varierer mye fra person til person hva man anser som klanderverdig på det seksuelle området, noe som i seg selv taler for en klarere regel og objektiv målestokk også av hensyn til de tiltalte.

Jeg anser etter arbeidet med denne avhandlingen at tiltaltes konvensjonsgitte rettigheter ikke står i veien for regelen om alder som objektivt straffbarhetsvilkår. Jeg anser videre at barnets behov nå med styrke taler for regelen, noe den gjennomgåtte rettspraksis, kombinert med forskning om barn samt reelle hensyn indikerer.

---

<sup>114</sup> Forskere mistenker årsaken til den ”markant” tidligere pubertetsinntreden for å ligge i kjemikalier i alminnelige næringsmidler og produkter, men årsaken er ikke sikkert avklart.

<sup>115</sup> Se kapittel 2 for beskrivelse av skadevirkninger.

<sup>116</sup> NOU:13 s.94 punkt (10) Psykolog Anne Poulssen referer Finkelhor (1988)s oversikt som viser at uavklarte rettssaker fører til at skadevirkningene for barnet opprettholdes. Med uavklarte rettssaker menes saker som blir behandlet flere ganger av ulike rettsinstanser.

En gjeninnføring av regelen om alder som objektivt straffbarhetsvilkår, vil derfor etter min mening være til barnets beste og innebære en seier for menneskerettighetene – barnets menneskerettigheter.

## 9 Litteraturliste. Registre.

### LITTERATURLISTE

- Andenæs, Johs.** *Norsk straffeprosess.* 4.utg. Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Oslo, 2009.
- Andenæs, Johs.** *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene.* 1.utg. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen, Oslo, 2008.
- Andenæs, Mads/Bjørge, Erik** *Menneskerettene og oss.* 1.utg. Oslo, 2012.
- Eckhoff, Torstein** *Rettskildelære.* 5.utg. ved Jan Helgesen, Oslo, 2001.
- Elden, John Christian** Merknad til § 195 i Lovdata, høsten 2011
- Eskeland, Ståle** *Strafferett.* 2.utg. Oslo, 2006.
- Haugli, Trude** *Hensynet til barnets beste I: Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge.* 2.utg. Oslo, 2012 s.51-72.
- Hellesnes, Birgit** *Forholdet mellom uskyldspresumsjonen etter EMK art.6 (2) og straffebud helt eller delvis uten skyldkrav.* Masteravhandling ved UiT høsten 2009.

<b>Hennum, Ragnhild</b>	<i>Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse I: Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge. 2.utg. Oslo, 2012 s.210-335.</i>
<b>Hika, Gemetchu</b>	<i>Objektivert straffansvar.</i> Masteravhandling ved UiO våren 2007.
<b>Holmboe/Jahre</b>	<i>"Barns alder som objektivt straffbarhetsvilkår: Dit og tilbake igjen?"</i> Upublisert manus, er til vurdering hos Lov og Rett.
<b>Holmboe/Jahre</b>	Merknader til § 195 i Lovdata, høsten 2011
<b>Horn, Thomas</b>	<i>Hvilken rettspolitisk betydning bør kritikk fra CPT ha for norske regler om isolasjon ved varetektsfengsling?</i> i festskrift for JussBuss, "Med loven mot makta", Oslo 2011 s.327.
<b>Høstmælingen, Njål</b>	<i>Hva er menneskerettigheter?</i> 2.utg. Oslo, 2010.
<b>Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg</b>	<i>Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge. 2.utg. Oslo, 2012.</i>
<b>Smith, Lucy</b>	<i>FN's konvensjon om barnets rettigheter I: Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge. 2.utg. Oslo, 2012 s.17-30.</i>
<b>Strandbakken, Asbjørn</b>	<i>UskylDSPresumsjonen, Bergen 2003.</i>

## **LOV- OG FORARBEIDSREGISTER**

### **Internasjonale konvensjoner**

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4.november1950
Barnekonvensjonen	FN's konvensjon for barns rettigheter av 20.november 1989

### **Nasjonale lover**

1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22.mai 1902 nr.10
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20.mai 2005 nr.28

### **Utenlandske lover/lovkapitler**

1889	The finnish penal code (kaanokset)	Finland
1961	New Zealand Crimes Act	New Zealand
1962	Brottsbalken	Sverige
1985	Criminal Code	Canada
1998	German Criminal Code	Tyskland
2003	Sexual Offences Act 2003	England
2006	Straffeloven	Danmark
2006	Criminal Law	Irland

## **Forarbeider**

Innst.I juni	(1925)	
Innst.Straffelovrådet	(1960)	Innstilling fra Straffelovrådet om Revisjon av straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot sedeligheten
Innst.O.V.	(1962-63)	
Innst.O nr.92	(1999-2000)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i Straffeloven mv. (Seksuallovbrudd)
Innst.O nr.73	(2008-2009)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20.mai nr.28 mv. (Siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Ot.prp.nr.40	(1961-62)	
Ot.prp.28	(1999-2000)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)
Ot.prp.nr.22	(2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr.28 (Siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).
NOU 1991:13	(1991)	Seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning
NOU 1997:23	(1997)	Seksuallovbrudd. Straffelovkommisjonens delutredning IV.

## **REGISTER OVER RETTSPRAKSIS**

### **EMD**

#### **G.**

G. v. UK  
(Application no. 37334/08)  
Avgjørelse

#### **Hardy Hansen**

Hardy Hansen v. Denmark  
(Application no.28971/95)  
Avgjørelse

#### **Janosevic**

Janosevic v. Sweden  
(Application no.8793/79)



Dom

**Joost Falk**

Joost Falk v. the Netherlands (2004)

(Application no. 66273/01)

Avgjørelse

**Pham Hoang**

Pham Hoang v. France

(Application no. 13191/87)

Dom

**Salabiaku**

Salabiaku v. France

(Application no. 105/19/83)

Dom

**Västberga**

Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden

(Application no. 36985/97)

**Høyesterett**

Rt.2005.833

Rt.2008.867

Rt.2010.36

**Lagmannsrettene**

LA-2005-137892

LB-2005-84798

LH-2005-58165

LA-2006- 59553

LH-2006-140474

LH-2006-102576

LF-2006-186413

LH-2008-117852

LA-2009-162674

LA-2009-18397

LB-2010-1208

LA-2011-83604

LB-2011-39384

**Irsk høyesterettspraksis**

CC v. Ireland

**Personlige meddelelser**

Prof.Asp, Petter 14.mars 2012	Universitetet i Stockholm	E-post
Ballantyne, Ruth 22.mars 2012	Universitetet i Otago, New Zealand	E-post
Baumbach, Trine 14.mars 2012	Universitetet i København	E-post 1
Bulmer, Tom 6.mars 2012	JustAnswer	E-post
Finstad, Fredrik Bøchman 24.april 2012	Justisdepartementets lovavd.	E-post
Healy, Deirdre 12. og 13. mars 2012	Universitetet i Dublin	E-post
Holmboe, Morten 16. og 20.april	Politihøyskolen UiO	E-post
Prof. Jessberger, Florian 6.mars 2012	Universitetet i Hamburg	E-post
Johnsson, Eva 8.mars 2012	Universitetet i Stockholm	E-post

Prof. Lahti, Raimo  
7.mars 2012

Universitetet i Helsinki

E-post